

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

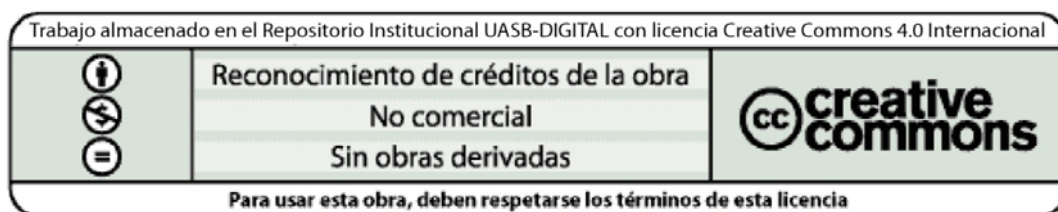
Maestría en Derecho de la Empresa

**La aplicación del principio de non bis in idem en los actos de
Competencia Desleal con énfasis particular en el sector de las
Telecomunicaciones**

Luis Fernando Guerra Padilla

Tutora: María Elena Jara Vásquez

Quito, 2018



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, Luis Fernando Guerra Padilla, autor de la tesis intitulada “La aplicación del principio de *non bis in ídem* en los actos de Competencia Desleal con énfasis particular en el sector de las Telecomunicaciones”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magister en Derecho de la Empresa en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo, por lo tanto, la Universidad utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en formato virtual, electrónico, digital u óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Quito, a junio del 2018

Firma:

Resumen

En la actualidad, se presenta un problema cuando la autoridad protectora de los consumidores y de regulación y control de las telecomunicaciones, sanciona a un operador de servicios de telecomunicaciones por conductas que pudieren ser actos de competencia desleal bajo la modalidad de engaño y confusión según la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado, que también son objeto de investigación y sanción por parte de la autoridad de defensa de la competencia en el Ecuador.

El principio del *non bis in ídem*, está consagrado en la Constitución Política de la República del Ecuador como una garantía al debido proceso y tiene como objetivo el evitar que una persona sea sancionada dos veces por la misma causa. Para que este principio opere debe confluir entre los dos procedimientos sancionatorios la triple identidad: sujeto, hechos y fundamento.

En este trabajo se determina si el principio de *non bis in ídem* es aplicable en actos investigados por la autoridad de competencia, y sobre los cuales ya se sancionaron como infracciones a la normativa de telecomunicaciones o defensa del consumidor y que pudieren constituir conductas de competencia desleal por engaño, confusión y violación de normas.

Como resultado, se aprecia que el principio en cuestión es aplicable en los casos de un doble juzgamiento por un mismo hecho por parte de las autoridades protectora del consumidor, de control de las telecomunicaciones y de defensa de la competencia, siempre y cuando se configure la triple identidad, sin que en ello interfiera la aplicación del artículo 116 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Palabras clave: Triple identidad; competencia desleal; engaño; confusión; violación de norma.

Dedicatoria

A Dios, mis padres, hermanos y sobrinos,
todo sería en vano si no fuera por ustedes.

Índice

Introducción	7
---------------------------	----------

Capítulo uno

1. Descripción del Caso

Capítulo dos

2. El principio de non bis in idem.....	12
2.1. Naturaleza y características	12
2.2. Triple Identidad	17
2.2.1. Identidad de sujeto o <i>eadem personae</i>	18
2.2.2. Identidad de hechos o <i>eadem res</i>	19
2.2.3. Identidad de fundamento o <i>eadem causa patendi</i>	19

Capítulo tres

3. Los actos de competencia desleal y regulación en el sector de las telecomunicaciones	21
3.1. Definición de Prácticas Desleales	21
3.2. Actos que constituyen competencia desleal	23
3.2.1. Actos de Engaño.....	25
3.2.2. Actos de Confusión	28
3.2.3. Actos de Violación de Normas.....	32
3.3. Aproximación a los cuerpos normativos que regulan al sector de las telecomunicaciones.....	38
3.3.1. Ley Orgánica de Telecomunicaciones y su Reglamento.....	38
3.3.2. Contrato de Concesión para la prestación del Servicio Móvil Avanzado (SMA).....	39
3.3.3. Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.....	50
3.4. Normativa que regula al Sector de las Telecomunicaciones en relación a los Actos de Competencia desleal por engaño y confusión	51
3.4.1. Ley Orgánica de Telecomunicaciones.....	52

3.4.2. Contrato de Concesión para la prestación del Servicio Móvil Avanzado	52
3.4.3. Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.....	52

Capítulo cuatro

4. Aplicación del principio de <i>non bis in idem</i> en materia de telecomunicaciones por conductas de competencia desleal	53
4.1. La competencia desleal y relación con la protección de los consumidores y derecho de las telecomunicaciones.....	53
4.1.1. La competencia desleal y defensa del consumidor.....	53
4.1.2. La competencia desleal y derecho de las telecomunicaciones	53
4.2. Consecuencias de la aplicación del principio de <i>non bis in idem</i>	58
 Conclusiones	 61
 Bibliografía	 63

Introducción

La letra i) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador establece como garantía del debido proceso el principio del *non bis in ídem*, definido de forma general como la prohibición de ser juzgado más de una vez por la misma causa.

Al amparo de la norma citada, se presenta un problema en los procesos de investigación por prácticas desleales bajo la modalidad de engaño, confusión e incumplimiento de norma, cuando un mismo hecho de una empresa del sector de las telecomunicaciones, ya ha sido sancionado por otro ente administrativo como la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL y la Defensoría del Pueblo, aplicando respectiva normativa de su materia.

Por lo tanto resulta válido y pertinente preguntarse ¿cuáles son los alcances, requisitos de aplicabilidad y consecuencias de la aplicación del principio de *non bis in ídem* en la investigación y sanción de un acto de competencia desleal bajo la modalidad de engaño, confusión y violación de norma cuando este ya fue juzgado ante la autoridad de regulación y control de las telecomunicaciones y la protectora de los consumidores? Es importante destacar que la autoridad de competencia en el Ecuador ha dicho que no es aplicable el principio de *non bis in ídem*, ya que, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado no establece esta condición para que el organismo de investigación de prácticas desleales se inhiba de conocer los antes dichos actos de competencia desleal.

Para desarrollo del trabajo propuesto se utilizará el método cualitativo, toda vez que este tema no ha sido abordado de manera específica en la legislación ecuatoriana y no existe jurisprudencia ni resoluciones administrativas del máximo ente de la autoridad antimonopolio.

En consecuencia, para responder la inquietud antes descrita, se deberá identificar y explicar el marco constitucional y legal del principio de *non bis in ídem* y la triple identidad como requisitos indispensables para su aplicación. De igual manera, definir y explicar lo que son los actos de competencia desleal por engaño, confusión y violación de norma, estipulados en la normativa de competencia, y los

actos de engaño y confusión previstos en los cuerpos legales que rigen al sector de las telecomunicaciones; para finalmente analizar y determinar la triple identidad que se cumple en los actos de competencia desleal bajo la modalidad de engaño, confusión y violación norma que previamente han sido juzgados por la autoridad de telecomunicaciones y defensora de los consumidores, la consecuencia en caso de cumplirse estos elementos y la aplicación del artículo 116 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Para la elaboración de este trabajo de investigación, he tomado como fuentes varios textos que han sido desarrollados a nivel mundial reconocidos como expertos en el tema. De igual manera, me he servido de códigos, leyes vigentes en el Ecuador, así como normativa comparada principalmente de España y Perú.

En el primer capítulo se describe un caso hipotético en el que se muestra la problemática objeto del presente trabajo, con todos sus elementos y matices.

En el segundo capítulo me he centrado en indicar la naturaleza y características del principio de *non bis in ídem* en concordancia con su triple identidad, (identidad de sujeto, hechos y fundamento), así como el marco normativo que lo rige en el Ecuador.

En el capítulo tercero se explicará los actos de competencia desleal bajo la modalidad de engaño, confusión y violación de normas, así como se realizará una aproximación a los cuerpos normativos que regulan el sector de las telecomunicaciones y la normativa que regula a este sector en relación a los actos de competencia desleal por engaño y confusión.

Finalmente, en el tercer capítulo se abordará la relación de la competencia desleal con la protección de los consumidores y el derecho de las telecomunicaciones para finalmente determinar si el principio de *non bis in ídem* puede ser aplicable en los procesos sancionatorios iniciados por la autoridad de competencia que previamente han sido sancionados como infracciones según la normativa de telecomunicaciones y defensa del consumidor.

Capítulo uno

1. Descripción del caso

Para analizar al principio de *non bis in ídem* y su aplicación en procesos de investigación de la autoridad de competencia, cuando estos ya fueron previamente sancionados por la Autoridad de Telecomunicaciones y Defensa del Consumidor, partamos del siguiente caso hipotético:

Una operadora de telefonía móvil que presta el servicio móvil avanzado en el territorio ecuatoriano –con el título habilitante respectivo para ello–, entre el 15 y 18 de febrero del 2016 notifica una promoción a la ARCOTEL¹ denominada “CUATRIPLICA TUS RECARGAS”. Esta promoción consistía en que todas las recargas a partir de los \$3.00 recibían una bonificación de tres veces adicionales el saldo recargado, que puede ser utilizado en cualquier servicio (llamadas en la misma red, a otras operadoras y navegación) por el tiempo de 7 días. Esta empresa, emite publicidad en todos los medios (TV, radio, prensa, redes sociales, página web etc.) esta promoción, bajo la denominación antes indicada y con las indicaciones y detalles correspondientes. Los resultados de esta promoción fueron tan beneficiosos para la operadora de telecomunicaciones que la misma se ve replicada una vez cada quince días.

La empresa operadora omite insertar en sus spots publicitarios en todos los medios la nota aclaratoria respecto a que la cuadruplicación del saldo se daba a partir de las recargas de USD \$ 5.00, las de inferior valor recibían un 25% menos por cada dólar recargado.

El 16 de febrero del 2016 el señor Carlos Manuel Beltrán Soto, abonado de la operadora telefónica y que tenía \$0 en su cuenta, realiza una recarga de \$ 3.00 esperando que su saldo total sea de \$ 12.00; para sorpresa del cliente, el momento de revisar su saldo se entera que en lugar que sea de dicho valor, este fue de \$11.00. El señor Beltrán, molesto por esta situación acude a la Defensoría del Pueblo para presentar su queja por sentir que sus derechos como consumidor fueron vulnerados.

¹ Artículo 65 Ley Orgánica de Telecomunicaciones: “Las tarifas deberán ser notificadas a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones con al menos cuarenta y ocho horas de anticipación a la fecha de entrada en vigencia de las mismas.

Esa autoridad emite su informe favorable para sanción. Posteriormente, el 21 de mayo del 2016 el Juez de Contravenciones emite sentencia acusando a la operadora por publicidad engañosa y ordenando al pago de \$ 4.000.00 al amparo del artículo 72 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

El 23 de mayo del 2016, el señor Carlos Beltrán amparado en el artículo 22 numeral 13 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, presenta un reclamo en la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, argumentando que el saldo acreditado no concuerda con el ofrecido por la empresa en la publicidad “CUATRIPLICA TUS RECARGAS”. La autoridad de telecomunicaciones a través de su Dirección de Control de Servicios de Telecomunicaciones, en ejercicio de sus atribuciones legales, realiza una investigación a la prestadora de servicio móvil avanzado en la cual se determina que por un aparente error en la configuración de su sistema, en la promoción “CUATRIPLICA TUS RECARGAS” tanto el saldo principal (saldo recargado) como en el saldo promocional (3 veces adicionales el valor recargado) se acreditaban al usuario con \$0.25 menos por cada dólar. Se inicia el procedimiento administrativo sancionatorio ante el organismo desconcentrado de la ARCOTEL (primera instancia administrativa), y el 1 de julio del 2016 se emite la resolución en la que se sanciona a la empresa en cuestión por violación al derecho del usuario a obtener información precisa, gratuita y no engañosa sobre las características de los servicios y sus tarifas prevista en el artículo 22 numeral 5 de la LOT, lo cual constituye una infracción de primera clase tipificada en el artículo 117, letra b) numeral 16 del mismo cuerpo normativo y una multa entre el 0.001% y el 0.03% de los ingresos totales del año 2015. Esta sanción es ratificada por la Directora de la ARCOTEL, como autoridad de segunda instancia administrativa en procesos administrativos sancionatorios, en resolución de fecha 10 de septiembre del 2016.

El 20 de septiembre del 2016 la Dirección Ejecutiva de la ARCOTEL, comunicó a la Superintendencia de Control del Poder del Mercado la infracción cometida por la operadora. El 12 de octubre de 2016, y una vez que la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales solicitó la remisión del expediente completo a la ARCOTEL, inició un proceso de investigación y sanción por las conductas de publicidad engañosa y violación de norma, prevista en el artículo 27 numeral 2 y 9 de la LORCPM y, en contra de la operadora.

Para el 12 de octubre del 2016, consecuencia de la publicidad de la promoción “CUATRIPLICA TUS RECARGAS”, la empresa ha mermado por portabilidad el 10% de las líneas prepago a su directo competidor directo y 7.5% en relación al tercer competidor.

En pro del análisis a realizar, se resume el caso descrito en los siguientes puntos:

- La empresa operadora de servicio móvil avanzado, lanza una promoción “CUATRIPLICA TUS RECARGAS”, la cual tiene deficiencias en su publicidad al no haber incorporado en sus spots publicitarios la nota aclarativa respecto al descuento de USD \$0.25 por cada dólar recargado. perjudicando al usuario en \$0.25 por cada dólar recargado.
- El juez de contravenciones sanciona a esta empresa por publicidad engañosa en esta promoción.
- La autoridad de telecomunicaciones sanciona al operador por entrega de información engañosa a los usuarios respecto de las características de los servicios y sus tarifas en la promoción “CUADRIPLICA TU RECARGAS”.
- La Intendencia de Investigación de Prácticas de Desleales IIPD, por comunicado de la ARCOTEL, inicia una investigación a la empresa en cuestión por actos de competencia desleal bajo la modalidad de engaño y violación de normas.
- Producto de la publicidad “CUATRIPLICA TUS RECARGAS”, sus competidores en el mercado han visto una disminución del 10% y 7.5% respectivamente de sus líneas activas en prepago, por cuanto la mayoría de clientes en el segmento prepago, realizan recargas inferiores a los USD \$3.00.

Capítulo dos

2. El principio de *non bis in ídem*

2.1. Naturaleza y características

Non bis in ídem o *ne bis in ídem* (no dos veces por lo mismo) es un principio del derecho moderno universalmente reconocido, y no es sino la expresión de la institución de la cosa juzgada, aplicada al derecho sancionador.

La seguridad y la certeza, como valores protegidos por el Derecho, exigen que tanto los procedimientos administrativos como los judiciales, no se prolonguen indefinidamente y tengan un punto final, a partir del cual no puedan volver a discutirse, ya en sede administrativa, ya en sede judicial.

Un conocido tratadista ecuatoriano lo explica con claridad:

Es necesario que la justicia humana ponga un punto final a la litis, aun corriendo el riesgo de errar o de cometer una injusticia. Es preciso a veces aumentar las posibilidades de error, antes que consagrar una constante inestabilidad. Si pudiera discutirse los derechos sin ninguna limitación no habría prácticamente nunca seguridad de “estar en su derecho”. Hay que sacrificar esa posibilidad de discusión indefinida para tener certeza legal del derecho de cada uno.²

El derecho, dice otro destacado doctrinario ecuatoriano, es una técnica o sistema de seguridades individuales y sociales, es un instrumento de paz entre los hombres, por lo que resulta absurdo que una vez más y otra e indefinidamente se siga litigando por la misma cosa y entre las mismas partes.³ En este sentido, la Corte Constitucional ecuatoriana ha determinado con absoluta claridad que:

Así, el principio *non bis in ídem* y la institución de la cosa juzgada se encuentran íntimamente relacionados, aunque diferenciándose entre sí, en el sentido de que el principio de *non bis in ídem* atiende al hecho de que nadie puede ser juzgado más de una vez por el mismo hecho y materia (conforme lo determina nuestra Constitución) y la cosa juzgada por su parte, resulta en un atributo, en una calidad que el

² Juan Larrea Holguín, *Derecho Civil del Ecuador*, (Tomo 1, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1978), 77.

³ Alfredo Pérez Guerrero, *Fundamentos del Derecho Civil Ecuatoriano*, (Quito, Universidad Central, 1973), 83 y 84.

ordenamiento jurídico destina a la sentencia, cuando esta cumple con los requisitos para que quede firme: sea inimpugnable (cosa juzgada formal) y sea inmutable (cosa juzgada material).⁴

Cuando el *non bis in ídem* se establece como una garantía para impedir que alguien pueda ser juzgado dos veces por una misma causa, agrega a la protección de la seguridad individual y social, objeto de la cosa juzgada, la protección de los derechos de la persona ante el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, potestad que tiene como límite, precisamente, el hecho de que la autoridad se haya pronunciado ya sobre un tema concreto.

El antiguo Tribunal Constitucional ecuatoriano explicó con claridad cuál es el alcance del principio de *non bis in ídem*:

El principio *non bis in ídem*, no constituye otra cosa que la garantía que el Estado le otorga a sus ciudadanos, a no poder ser perseguidos en términos estrictamente procesales en forma indefinida por un mismo acto que ya fue previamente analizado y juzgado, independientemente de lo que se haya resuelto en ese caso anterior. En síntesis, este principio prohíbe que una persona sea juzgada dos veces por la misma causa.⁵

El principio que se analiza tiene una doble dimensión: por un lado material, relacionada con la prohibición de doble sanción por una misma causa; y por otra procesal, pues también se trata de que no se instaure un nuevo procedimiento sobre un tema que ya fue resuelto. Así lo explica la Corte Constitucional ecuatoriana:

El principio *non bis in ídem*, inobservado por los demandados, cuenta con una doble dimensión: en su vertiente material garantiza el derecho a no ser sancionado dos o más veces por la infracción de un mismo bien jurídico; mientras que en su vertiente procesal, garantiza el derecho a no ser sometido a juzgamiento dos o más veces por un mismo hecho. En efecto, la dimensión material de este principio impide que una persona sea sancionada o castigada dos o más veces por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento; mientras que en su dimensión procesal se había establecido que tiene conexión con los principios de legalidad y proporcionalidad, es decir, todo esto tiene su fundamento en la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho antijurídico ante la eventual comisión de un hecho antijurídico. Tal cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho y por igual fundamento, pudiese ser

⁴ República del Ecuador. Corte Constitucional, [Sentencia 012-14-SEP-CC en el caso 0529-12-EP], 15 de enero de 2014: 13.

⁵ República del Ecuador. Tribunal Constitucional, [Resolución 1431, Edición Especial del Registro Oficial 29], 13 de marzo de 2008:18.

objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta antijurídica.⁶

Se trata, entonces, no solo de una prohibición de sancionar dos veces una misma conducta, sino incluso de iniciar un nuevo procedimiento para tratar temas sobre los cuales se pronunció ya una resolución.

En cuanto al *non bis in ídem* y el derecho administrativo, debo indicar que originalmente este principio se estableció y fue desarrollado como parte del derecho penal. Actualmente, sin embargo, hay consenso general en el sentido de que se extiende no solo a este, sino a todos los ámbitos en los que se expresa el poder punitivo del Estado, como el derecho administrativo.

La unidad del derecho represivo y las garantías ínsitas en el Estado de Derecho conducen a la aplicabilidad a las contravenciones de los principios propios del Derecho Penal sustantivo. Si bien la mayor parte de esos principios provienen directamente del Código Penal, su base radica en los preceptos y garantías constitucionales, tanto nominadas como innominadas.⁷

Por otro lado, nuestra jurisprudencia, ya mientras estuvo en vigencia el texto constitucional de 1998, sentó la doctrina de que los principios del derecho penal se aplican a todo el derecho sancionatorio, incluso aquel que es parte de las potestades de la administración, y que el *non bis in ídem* se aplica también en los procedimientos administrativos.

(...) el procedimiento administrativo sancionatorio está sometido a los principios de legalidad, tipicidad, irretroactividad, culpabilidad, proporcionalidad, presunción de inocencia y principio non bis in ídem (...) el respeto a dichas garantías es una obligación por parte del Estado y sus organismos, pues, el estado de derecho implica una sujeción total de la administración a lo establecido en la ley y en la Constitución.⁸

No hay duda, entonces, en el sentido de que el principio de *non bis in ídem* es parte de los principios aplicables en los procedimientos administrativos. La única duda que existió mientras estuvo en vigencia el texto constitucional de 1998 tenía que ver con la relación entre el derecho sancionatorio administrativo y el derecho penal. No cabía duda que lo resuelto en instancia administrativa no podía volver a ser tratado por un órgano administrativo, pero sí se discutía si lo sancionado

⁶ República del Ecuador. Corte Constitucional, (Sentencia 1149-07-RA, suplemento del Registro Oficial 607 del 8 de junio de 2009):25

⁷ Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo*, (Tomo II, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006), 587.

⁸ República del Ecuador. Tribunal Constitucional, (Resolución 125, suplemento del Registro Oficial 266) 9 de mayo de 2006:47

administrativamente podía luego sancionarse en el ámbito penal. En la doctrina española hay un amplio desarrollo sobre este problema y, en general, se ha llegado a considerar que el principio es amplio y abarca tanto el espacio administrativo, como el penal. Esto, sin embargo, siendo trascendente, no tiene relevancia para el caso que nos ocupa, en el que no interviene la jurisdicción penal.

A lo anterior hay que añadir el hecho de que el derecho positivo ecuatoriano ha resuelto el problema en un sentido contrario al de la doctrina española mayoritaria. En efecto, como ya se dijo, la Constitución vigente indica con claridad que el *non bis in ídem* se refiere a una misma causa y materia. La causa es, evidentemente, lo que antes he denominado fundamento y que se analizará enseguida; la materia no puede ser otra que la administrativa o la penal.

La jurisprudencia, tanto extranjera como ecuatoriana, se suma unánimemente a este desarrollo doctrinario. Véase, por ejemplo, lo que sostiene el Tribunal Constitucional español “(...) los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado.”⁹

Con mucho más detalle lo explica la jurisprudencia colombiana, a partir de, texto del artículo 29 de la Constitución:

El artículo 29 de la Constitución contempla el derecho al debido proceso. De forma directa estatuye el derecho de quien sea “sindicado (...) a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”. Una lectura puramente literal del enunciado llevaría a interpretarlo en el sentido de que se limita a consagrar la garantía del sindicado a no ser juzgado, nuevamente, por un hecho por el cual ya había sido condenado o absuelto en un proceso penal anterior. Sin embargo, lo cierto es que el derecho fundamental a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho responde a una necesidad mucho más profunda del Estado Constitucional de Derecho. No se agota en proteger a las personas del riesgo de verse involucradas más de una vez en procesos penales por el mismo hecho. El derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho persigue la finalidad última de racionalizar el ejercicio del poder sancionatorio en general, y especialmente del poder punitivo. Por eso mismo, no solo se aplica a quien está involucrado en un proceso penal, sino que en general rige en todo el derecho sancionatorio (contravencional, disciplinario, fiscal, etc.), pues el artículo 29 dispone que “[e]l debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”, y el *non bis in ídem* hace parte de los derechos que se entienden asociados al debido proceso.¹⁰

⁹ España. Tribunal Constitucional español, [sentencia 18/1981 del 8 de junio de 1981].

¹⁰ Colombia. Corte Constitucional colombiana, [Sentencia C-521/09,] 4 de agosto de 2009:11

En el Ecuador, ya desde los tiempos del anterior Tribunal Constitucional, se compartía sin discusión este punto de vista, en este caso con expresa referencia al principio *non bis in idem*:

(...) un procedimiento administrativo sancionatorio es la manifestación de las facultades punitivas del Estado en cuanto al régimen disciplinario a que los funcionarios están sometidos. Dicho procedimiento es la primera garantía que tiene el funcionario de que su conducta sea juzgada conforme al procedimiento preestablecido, cuidando que tal procedimiento se encuentre enmarcado en los principios de legalidad, tipicidad, irretroactividad, culpabilidad, proporcionalidad. Del mismo modo, en el procedimiento administrativo sancionatorio debe respetarse el principio universal de la presunción de inocencia y el principio universal *non bis in idem*, principios que impiden con carácter general que la misma conducta sea sancionada por la vía penal y por la vía administrativa.¹¹

No hay duda, entonces, que el derecho administrativo ha recibido como propios, los principios del derecho penal, entre ellos el *non bis in idem*, para aplicarlos a las potestades sancionadoras de la Administración. Ahora bien, ¿cuáles son los requisitos para que ese principio se aplique?

En este tema se pone en evidencia la estrecha relación entre el *non bis in idem* y cosa juzgada; si para esta última se requiere la triple identidad subjetiva, objetiva y de causa, lo mismo se pide para el primero. Obviamente, la diferencias entre las dos instituciones hacen que esos elementos varíen: la identidad entre litigantes de la cosa juzgada se convierte, en el *non bis in idem*, en identidad de la persona sancionada; el objeto sobre el que se litiga pasa a ser el hecho que motiva la sanción; la causa, o fundamento jurídico, finalmente, se mantiene como tal.

En el derecho ecuatoriano el principio *non bis in idem* fue recogido por el texto constitucional ecuatoriano de 1998, cuyo artículo 24 número 16, disponía que nadie podría ser juzgado más de dos veces por la misma causa. En la Constitución vigente se mantiene esta disposición en la letra i), número 7, del artículo 76, pero con un agregado: Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Más adelante se hará referencia a este agregado, que no tiene mayor relevancia para el caso que nos ocupa; por ahora, lo que se pretende destacar es el hecho de que el principio *non bis in idem* tiene carácter constitucional.

Si bien en el texto constitucional de 1998 podía caber la duda de si el principio que nos interesa, que formaba parte de los principios del debido proceso,

¹¹ República del Ecuador. Tribunal Constitucional, [Resolución 952, Registro Oficial 252], 18 de abril de 2006

debía entenderse como aplicable exclusivamente al ámbito penal, la Constitución vigente no deja lugar a duda de que el *non bis in ídem* se aplica tanto en los procesos judiciales, como en los procedimientos administrativos, pues a unos y otros se refiere expresamente el artículo 76, número 7, letra i) de la Constitución de la República donde expresamente señala:

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.¹²

Por ello su invocación al amparo de la norma constitucional en materia procesal en sede judicial o administrativa es plenamente válida.

Superado este problema que, repito, no tiene relación con el caso que nos ocupa, lo que queda claro es que el *non bis in ídem* es, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, un principio de rango constitucional, que forma parte de los principios del debido proceso, y que se aplica tanto en los procesos judiciales como en los procedimientos administrativos.

En conclusión, no es posible que un órgano de la Administración inicie un procedimiento administrativo, cuando el sujeto, el hecho y el fundamento sean los mismos sobre los cuales ya se pronunció otro órgano.

2.2. Triple identidad

Recapitulando lo indicado en el anterior numeral, puedo afirmar que en virtud del principio de *non bis in ídem*, no pueden impulsarse dos procedimientos administrativos en diferentes autoridades administrativas o en la misma entidad estatal en los que se sancionen las mismas infracciones. Para que este principio sea aplicable, es indispensable la existencia de una triple identidad, la cual, parafraseando lo indicado por Jaime Ossa en su obra “Derecho Administrativo Sancionador, una aproximación dogmática”¹³, para que se configure la violación al principio del *non bis in ídem*, se debe configurar la siguiente triple identidad: i)

¹² Constitución de la República del Ecuador [2008], capítulo octavo “Derechos de Protección”, art. 76, número 7, letra i), ([Quito]: Asamblea Nacional, Registro Oficial 449 (20 de octubre de 2008):20-21

¹³ Jaime Ossa Arbeláez, *Derecho Administrativo Sancionador una aproximación dogmática*, (2da Edición. Bogotá: Legis Editores, 2009).295

identidad de sujeto o *eadem personae*, ii) identidad de hechos o *eadem res*; e, iii) identidad de fundamento o *eadem causa patendi*

La jurisprudencia ecuatoriana reconoce también la necesidad de esta triple identidad. Como vimos en una cita anterior, para la Corte Constitucional “la dimensión material de este principio impide que una persona sea sancionada o castigada dos o más veces por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento”¹⁴.

Los dos primeros elementos pueden identificarse sin dificultad; basta preguntarse si el procedimiento se inicia, o la sanción se impone, a partir de unos mismos hechos y contra una misma persona. Identificar el fundamento puede revestir mayor dificultad y, como lo sostiene la jurisprudencia ecuatoriana, este es clave para definir el sentido del principio. Se puede hablar de un mismo fundamento, dice la Corte Constitucional ecuatoriana, cuando la sanción se impone como consecuencia de “un mismo contenido injusto, esto es, de un mismo bien jurídico o un mismo interés protegido”¹⁵.

El concepto de interés protegido proviene del derecho penal, que lo identifica con aquellos bienes o intereses que el sistema jurídico considera especialmente valiosos en el orden social. Por lo pronto dejo solo planteado el tema, que deberá analizarse con más detalle al abordar el caso concreto al que se refiere este informe.

2.2.1. Identidad de sujeto o *eadem personae*

La identidad de sujeto supone que la persona autora de la infracción debe ser la misma, con independencia de quién sea el acusador o autoridad judicial o administrativa que lo enjuicie. El principio *non bis in ídem* tiene como finalidad que no se sancione doblemente al mismo sujeto, es así que la prohibición está dirigida a proteger al operador jurídico denunciado o demandado y sancionado¹⁶.

En el caso citado en el capítulo anterior, vemos que los tres procesos se inician en contra de un mismo operador de telecomunicaciones, particular que se lo explicará en líneas posteriores.

¹⁴ República del Ecuador. Corte Constitucional, [Sentencia 1149-07-RA, suplemento del Registro Oficial 607] 8 de junio de 2009:25

¹⁵ República del Ecuador. Corte Constitucional, [Sentencia 1149-07-RA, suplemento del Registro Oficial 607] 8 de junio de 2009:25

¹⁶ Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, (Cuarta Edición, Madrid, Editorial Tecnos, 2011):509.

2.2.2. Identidad de hechos o *eadem res*

Referente a los hechos constitutivos de la infracción o los fundamentos fácticos, que son objeto de sanción. La tercera identidad necesaria para que opere la prohibición contenida en el principio constitucional *non bis in ídem* es la identidad de hechos, es decir que en cada procedimiento administrativo o judicial se tengan en consideración los mismos hechos sin mayores diferencias¹⁷.

La Corte Suprema de Justicia en algunas ocasiones ha emitido sentencias de casación que han desarrollado el principio *non bis in ídem*, las mismas que guardan estrecha relación y coherencia con lo expuesto:

El principio de “non bis in ídem” es una garantía básica de la persona, de vigencia fundamentalmente en el campo penal, en cuya virtud está prohibido aplicar dos sanciones por una misma infracción, o acusar por segunda vez por igual hecho; en el campo civil, este principio es uno de los que inspiran la institución de la cosa juzgada, en cuya virtud no se puede promover nuevamente una acción si es que hay sentencia ejecutoriada sobre lo principal; en efecto, el artículo 301 del Código de Procedimiento Civil dispone: “La sentencia ejecutoriada surte efectos irrevocables respecto de las partes que siguieron el juicio o de sus sucesores en el derecho. En consecuencia, no podrá seguirse nuevo juicio cuando en los dos juicios hubiere tanto identidad subjetiva, constituida, por la intervención de las mismas partes, como identificación objetiva, consistente en que se demande la misma cosa, cantidad o hecho, fundamentándose en la misma causa, razón o derecho. Para apreciar el alcance de la sentencia, se tendrá en cuenta no sólo la parte resolutive, sino también los fundamentos objetivos de la misma”¹⁸

En el caso descrito *ut supra*, y anticipándonos a una explicación a mayor detalle a realizar posteriormente, el hecho que originó los tres procesos sancionatorios - en Defensoría del Pueblo, Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones y Superintendencia de Control del Poder del Mercado, fue la promoción “CUATRIPLICA TUS RECARGAS”, la cual tiene deficiencias en su publicidad al no haber incorporado en sus spots publicitarios la nota aclarativa respecto al descuento de USD \$0.25 por cada dólar recargado.

2.2.3. Identidad de fundamento o *eadem causa patendi*

Este elemento versa sobre la identidad del bien jurídico protegido por cada una de las normativas. Esta identidad busca que las normas o base legal de la imputación tengan la misma naturaleza y que busquen precautelar o salvaguardar los

¹⁷ *Ibidem.*, 509

¹⁸ República del Ecuador. Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, [Recurso de Casación 250-202, Registro Oficial 28] 24 de febrero de 2003:24

mismos intereses jurídicamente protegidos. En este sentido se ha entendido que la identidad de fundamento se encuentra vinculada con la dualidad de normativa existente para las mismas infracciones.¹⁹ Se ha comprendido que para que “la dualidad de sanciones sea constitucionalmente admisible es necesario, además, que la normativa que la impone pueda justificarse porque contempla los mismos hechos desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido que no es el mismo que aquel que la primera sanción intenta salvaguardar”.²⁰ En consecuencia, existe vulneración cuando una persona puede ser perseguida o sancionada de nuevo por un ilícito que ya fue sancionado o absuelto.

Empero, no basta con que existan dos intereses jurídicamente protegidos que afirman ser diferentes en caso de resoluciones administrativas que sancionan los mismos hechos. De la misma manera existe identidad de fundamento cuando a pesar de existir diferencias entre los bienes jurídicos protegidos señalados en cada norma o los riesgos contemplados, estos no tienen la distintividad suficiente como para justificar la doble punición, por referirse a aspectos que no requieren una segunda sanción. La primera sanción es suficiente para alcanzar la protección de todos los bienes jurídicamente protegidos vinculados.²¹ En consecuencia si los bienes jurídicamente protegidos son los mismos, o se diferencian de alguna manera pero no pueden separarse o distinguirse el uno del otro, existe en cualquier caso, identidad de fundamento que puede gatillar el principio *non bis in ídem* a favor del administrado. Así por ejemplo, dos infracciones que versan sobre las medidas de higiene en la elaboración y ventas de alimentos, una prevista en la normativa de protección a los consumidores y la otra en una norma sanitaria, protegen -como idéntico bien jurídico- la salubridad de los compradores/consumidores de dicho producto.

Como se podrá apreciar con posterioridad en el presente trabajo, en relación al caso citado inicialmente, entre lo juzgado por la autoridad defensora de los derechos del consumidor, la de regulación y control de las telecomunicaciones y lo pretendido sancionar por la controladora del poder del mercado, existe un bien jurídico en común en los tres expedientes y tiene que ver con la protección a los derechos de los consumidores o abonados de los servicios de telecomunicaciones.

¹⁹ Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, (Cuarta Edición, Madrid, Editorial Tecnos, 2011):507.

²⁰ *Ibidem.*, 507

²¹ *Ibidem.*, 509.

Capítulo tres

3. Los actos de competencia desleal y regulación en el sector de las telecomunicaciones

3.1. Definición de Prácticas Desleales

La competencia desleal, según el artículo 10 *bis* del Convenio de París para la Protección de Propiedad Industrial es todo acto *contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial*²², con el fin de causar daño a los competidores y consumidores.

En la misma línea, una definición más amplia y acertada la encuentro en el artículo 7 de la Ley 256 de 1996 de la República de Colombia,²³ indica que:

En concordancia con lo establecido por el numeral segundo del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera que constituye competencia desleal, todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial o comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador, o consumidor o el funcionamiento concurrencial del mercado.

Sebastián Alfredo García Menéndez, haciendo citando como mejor definición de actos de competencia desleal a la prevista en la ley de competencia desleal suiza, indica que es desleal o ilícito todo comportamiento o práctica comercial que sea erróneo o que contravenga de cualquier otra manera las reglas de la buena fe y que influya en las relaciones entre los competidores o entre proveedores y clientes

El Ecuador no ha sido ajeno a la importancia de normar la competencia desleal, su prohibición y sanción, así pues el segundo inciso del artículo 335 de la Constitución de la República del Ecuador, trae el fundamento legal constitucional contra la competencia desleal al indicar que “el Estado definirá una política de

²² Convenio de París, sobre Protección de Propiedad Intelectual enmendado en Estocolmo 1979

²³ República de Colombia, Ley 26 de la República de Colombia, Diario Oficial No. 42.692 de 18 de enero de 1996

precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal”.²⁴

El artículo 25 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado LORCPM define a las prácticas desleales como:

Todo hecho, acto o práctica contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas, incluyendo aquellas conductas realizadas en o a través de la actividad publicitaria. La expresión de actividades económicas se entenderá en sentido amplio, que abarque actividades de comercio, profesionales, de servicio y otras.

Aunando, la leal competencia puede ser entendida “como aquella competencia guiada por los usos y costumbres comerciales honestos y por el respeto a las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas, de modo que”²⁵ estas se desenvuelvan normalmente. El inconveniente que trae nuestra Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado respecto a los usos y costumbres comerciales honestos, radica en la imprecisión conceptual de estos términos; respecto a los primeros estos dependerán si la práctica se desarrolla a nivel local, en cuyo caso dependerá si es contrario a los de dicha zona específica, o si se realizan en un contexto internacional, dependerán si son honestos en el comercio internacional. En cuanto a la costumbre, surgen dos interrogantes, la primera respecto a la necesidad de *opinio juris* (el deber que esta constituya norma jurídica), y la segunda la incompatibilidad con el artículo 3 de la antes mencionada norma que trata sobre la prohibición de invocar la costumbre mercantil como eximente de las conductas contrarias a la norma.

La publicidad por definición, tiene como fin el informar de un producto o servicios, a un determinado grupo determinado grupo de consumidores, con la intención de fomentar su adquisición o contratación. Así, la publicidad es un elemento fundamental en el desarrollo de un mercado competitivo que crea consumidores más informados y reduce sus barreras de entrada.

²⁴ Constitución de la República del Ecuador [2008], capítulo sexto “Trabajo y Producción”, sección quinta “Intercambios Económicos y Comercio Justo” art. 335, ([Quito]: Asamblea Nacional, Registro Oficial 449 (20 de octubre de 2008):58-59

²⁵ Marcelo Marín Sevilla y otros, *Régimen de Competencia*, (1ra Ed. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2013):397

Los operadores económicos utilizan la publicidad de modo legítimo, sin embargo es posible que, en su afán de captar clientela de produzcan excesos y que la publicidad pueda ser desleal (por ejemplo la publicidad engañosa como se lo tratará después) o ilegal. En virtud de ello, parafraseando a Marcelo Marín²⁶, nuestra Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado reconoce el concepto de leal competencia en el mercado, que tutela como bien jurídico la competencia justa sin excesos injustificados, bajo el marco de respeto al ordenamiento jurídico. En este contexto, al ser un instrumento de competencia que busca ganara la preferencia de los consumidores - probablemente en desmedro de otro competidor - y constituir un elemento de hecho de supuestos de tráfico económico, debe ser evaluada.

3.2. Actos que constituyen competencia desleal

En los artículos 26 y 27 de nuestra normativa de regulación y control del poder del mercado, se tipifican de forma ejemplificativa los actos prohibidos y sancionables bajo la figura de desleales, cuando estos “impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar de los derechos de los consumidores o usuarios”²⁷.

De forma adicional, la doctrina ha señalado que los dos requisitos esenciales para que exista una práctica de competencia desleal son una actuación en el mercado y fines concurrenciales en los siguientes términos:

1. Por *actuación en el mercado* se comprende todo hecho, acto o práctica, comportamiento o conducta comercial, que se manifiesta públicamente, no pudiendo considerarse como tales actuaciones dentro del ámbito interno de un operador económico. Esta conducta debe ocasionar algún tipo de afectación al público en general.²⁸
2. Por *fines concurrenciales* se entiende al objetivo de captación de clientela de los competidores por medio de prácticas comerciales de promoción, venta o suministro de los bienes y servicios propios o de una tercera

²⁶ Ibídem., 397

²⁷ República del Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado* [2011], art. 26, en Registro Oficial, Segundo Suplemento, No. 555, (Quito, 13 de octubre de 2011):10. En adelante se cita esta ley como LORCPM.

²⁸ Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano, *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal* (Madrid, Editorial Aranzadi-Thomson Reuters, 2011):80.

persona; y estas actividades de difusión incluyen actividades de publicidad en todas sus facetas.²⁹

Cabe agregar, que para que exista finalidad concurrencial toda acción, debe encontrarse encaminada a influir en la estructura del mercado³⁰ o en la posición competitiva de los operadores participantes en dicho mercado.³¹

Al respecto el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual INDECOPI, destacando de manera expresa el daño concurrencial necesario para la existencia de competencia desleal se encuentra vinculada con una acción para ganar la preferencia de los consumidores en desmedro de otro competidor, ha dicho lo siguiente:

Lo señalado evidencia que el bien jurídico tutelado por las normas de represión de la competencia desleal es precisamente la concurrencia justa, ajustada al ordenamiento jurídico y que el exceso resulta inaceptable para la sociedad y el derecho. En ese contexto, la publicidad debe ser evaluada como un instrumento de la competencia – quizá el más importante, que tienen como substrato una acción en concurrencia por ganar la preferencia de los consumidores en desmedro de otro competidor³²

En consonancia con los antecedentes expuestos, la jurisprudencia internacional ha mencionado que para afirmar la existencia de competencia desleal es necesario tener una afectación a la competencia, de tal manera que se vulnere la capacidad de competir de otros actores del mercado o que se alteren las condiciones de competencia del mismo.³³

En consecuencia a lo mencionado, resulta necesario para la determinación del falseamiento a la competencia del mercado, delimitar los siguientes factores:

La precisión el mercado relevante, valorar a continuación la posición relativa de los operadores que actúan en él y finalmente pronosticar la evolución de su posición en el mercado, sea directamente de resultados de su propia reacción a la práctica considerada, sea indirectamente de resultados de la reacción de sus clientes o proveedores a dicha práctica. A tal efecto es preciso considerar cuidadosamente, además, la estructura subjetiva del mercado (reconociendo que el falseamiento será más probable cuanto mayor sea el grado de concentración del mercado y menor cuanto más atomizado se encuentre), la regulación del mercado y la incidencia de la

²⁹ Ibídem., 81.

³⁰ Ecuador. Superintendencia de Control del Poder de Mercado, Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, Expediente No. SCPM-IIPD-2013-007

³¹ Silvia Barona Vilar, *Competencia Desleal, Doctrina, Legislación y Jurisprudencia*, (Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008), 111.

³² Ecuador. Superintendencia de Control del Poder de Mercado, Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, Expediente No. SCPM-IIPD-2013-014.

³³ España, Tribunal de Defensa de Catalunya, (Expediente Ar 27/08, Caso La Tira) de 28 de febrero de 2008, Expediente Ar 27/08.

práctica enjuiciada en el buen éxito o fracaso de procesos de desregulación y liberalización del mercado correspondiente (siendo más probable el falseamiento cuando la práctica sea realizada por el operador o uno de los operadores establecidos en el mercado desde antes de la liberalización), las relaciones de poder relativo que existen en el mercado (reconociendo que el falseamiento será menos probable cuanto menor sea el poder de mercado o capacidad de influir en la estructura de quien realiza la conducta desleal, sea por causa de su escaso afianzamiento, sea por causa de la consolidación de los demás operadores establecidos, la existencia de barreras de entrada al mercado (que hará tanto más probable que la conducta pueda falsear la competencia) y las propias circunstancias de la práctica enjuiciada (reconociendo que será menor la probabilidad de falseamiento si su difusión está limitada en el tiempo, si es esporádica o no existe otro riesgo de repetición, si no es probable que sea reproducida por otros operadores, etc.³⁴

En listado ejemplificativo descrito en el artículo 27 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado, contempla las siguientes conductas:

- a) Actos de confusión;
- b) Actos de engaño;
- c) Actos de imitación;
- d) Actos de denigración;
- e) Actos de comparación;
- f) Explotación de la reputación ajena;
- g) Violación de secretos empresariales;
- h) Inducción a la infracción contractual;
- i) Violación de normas; y,
- j) Prácticas agresivas de acoso, coacción e influencia indebida contra los consumidores.

Para efectos del presente trabajo, hemos identificado tres conductas que pueden ser objeto de sanción al amparo de la normativa regulatoria de las telecomunicaciones, y al mismo tiempo constituir actos de competencia desleal: i) actos de engaño; ii) actos de confusión; y iii) violación de normas.

3.2.1. Actos de engaño

El artículo 27 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado, detalla entre las prácticas desleales a los actos de engaño en los siguientes términos:

³⁴ José Massaguer, *Falseamiento de la libre competencia por actos desleales*, en Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia (Madrid, Edit. Civitas, 1999).237

Art. 27.- Prácticas Desleales.- Entre otras, se consideran prácticas desleales, las siguientes:

2.- Actos de engaño.- Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto, real o potencial, inducir a error al público, inclusive por omisión, sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad y cantidad, precio, condiciones de venta, procedencia geográfica y en general, las ventajas, los atributos, beneficios o condiciones que corresponden a los productos, servicios, establecimientos o transacciones que el operador económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o, inducir a error sobre los atributos que posee dicho operador, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial.

Configura acto de engaño la difusión en la publicidad de afirmaciones sobre productos o servicios que no fuesen veraces y exactos. La carga de acreditar la veracidad y exactitud de las afirmaciones en la publicidad corresponde a quien las haya comunicado en su calidad de anunciante. En particular, para la difusión de cualquier mensaje referido a características comprobables de un producto o servicio anunciado, el anunciante debe contar con las pruebas que sustenten la veracidad de dicho mensaje.³⁵

Explicando brevemente el artículo citado, los actos de competencia desleal por engaño se dan cuando un operador económico contraviene la buena fe, al emitir una impresión incorrecta respecto de sus productos o servicios a los consumidores, haciendo que estos tomen una decisión inadecuada respecto de sus intereses, situación que bajo otras circunstancias no lo hubiera realizado.

La autoridad de competencia peruana el conocer los actos de engaño tiene por objeto el:

Proteger a los consumidores de la asimetría informativa en que se encuentran dentro del mercado con relación a los proveedores de bienes y servicios, quienes gracias a su organización empresarial y a su experiencia en el mercado han adquirido y utilizan, de mejor manera, información relevante sobre las características y por otros factores vinculados con los productos o servicios que ofrecen³⁶.

Por su parte, José Antonio García-Cruces Gonzáles en su obra “Actos de Engaños en Comentarios a la Ley de Competencia Desleal”, respecto al engaño ha manifestado que:

La tipificación de los actos de engaño como ilícito desleal tiene un carácter central y constituye una de las primeras manifestaciones del Derecho Positivo de representación de los ilícitos concurrenciales. La justificación de esta prohibición radica en los gravísimos efectos que pueden producir este tipo de conductas en el mercado. En efecto los actos de engaño perjudican a todos los que participan en el mercado, tanto a competidores como a consumidores, en la medida en que se provoca la decisión de la clientela basada no en las prestaciones que realmente

³⁵ República del Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado* [2011], art. 27, en Registro Oficial, Segundo Suplemento, No. 555, (Quito, 13 de octubre de 2011):10

³⁶ República del Perú. Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, [Resolución No. 014-2011/CCD-INDECOPI Lima], 09 de febrero de 2011

ofrecen, sino en una presentación que induce al error. Pero no solo se provoca, o puede provocarse, esa afección negativa de los legítimos intereses de los particulares – consumidores, competidores (aún cuando en este último caso pueden existir supuestos en el acto de engaño que no implique lesión del interés de los competidores. Sino, también, en el interés por el correcto funcionamiento del mercado pues las decisiones derivadas de los actos de engaño se justifican en este y no en las propias prestaciones que realmente ofrecen a sus destinatarios.³⁷

Parafraseando lo indicado por Silvia Varona Vivar³⁸, los elementos para que puedan existir los actos de engaño son los siguientes:

- 1) Existencia de aseveraciones u omisiones que induzcan al error a los consumidores, sobre las ventajas o características de los productos ofertados.
- 2) Los medios por a través de los cuales pueden presentarse el engaño son:
i) en la presentación por utilizar indicaciones falsas; ii) omisión de datos verdaderos; iii) cualquier medio que implique incorrecta información sobre la naturaleza, fabricación, distribución, y características generales del producto.
- 3) Afectación directa a los consumidores y a los competidores.

La doctrina ha definido dos tipos de actos de engaño: los actos de engaño por acción y los actos de engaño por omisión. Al respecto Ignacio Moralejo, expresa:

Dentro de las prácticas comerciales engañosas por acción se encuentran aquellas en cuya virtud se suministra información falsa al consumidor o información al consumidor que, aun siendo formalmente veraz, es susceptible de inducir al error al consumidor en relación con determinados extremos relevantes llegado el momento de tomar decisiones sobre una transacción (...) Se está ante una práctica engañosa por omisión en los supuestos en que se deje de suministrar al consumidor medio la información sustancial que necesite, según el contexto, para que pueda llegar a tomar una decisión económica con el debido conocimiento de causa³⁹.

De regreso a la norma de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado citada, se desprende que esta solo sanciona aquellos actos de engaño sea por acción o por omisión que induzcan a error al público consumidor y lo encaminen erróneamente a tomar una decisión de compra o de consumo. Por tanto, no cualquier

³⁷ José Antonio García-Cruces Gonzáles, *Actos de Engaño en Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, (Navarra, Edit. Aranzadi S.A., 2011).118

³⁸ Silvia Varona Vivar, *Competencia Desleal*, (Segunda Edición, Valencia, Valencia: Edit. Tirant lo Blanch, 1999). 49

³⁹ Moralejo Menéndez, Ignacio, *Omisiones engañosas en Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, (Edit. Aranzadi S.A., Navarra 2001).161

aseveración presuntamente falsa puede ser una conducta desleal sino que debe inducir a los consumidores del mercado a adquirir el producto solo por esta publicidad; es decir, que este atributo es lo que los impulsa a adquirir el bien o servicio.⁴⁰

Es así, que se ha distinguido en la norma citada y por la doctrina que los actos engañosos pueden serlo por acción en torno a aseveraciones falsas o aseveraciones correctas que inducen a error, como por omisión en caso de supuestos en los que no se menciona información comercial sensible que puede modificar el comportamiento de los destinatarios o consumidores finales, quienes toman las decisiones de consumo en torno a estas acciones u omisiones. Es decir, que los operadores económicos dejan de suministrar al consumidor información comercial sustancial de sus productos, para evitar que se tomen las decisiones de compra con el debido conocimiento de causa.⁴¹ Al respecto sobre el alcance de la publicidad engañosa de manera acertada, “la publicidad engañosa es aquella que utiliza mensajes con afirmaciones que son distintas a las características, ventajas, beneficios y/o desempeños reales del producto o servicio y que inducen a error al público consumidor afectando el comportamiento económico de los consumidores o perjudicando a un competidor”⁴².

De regreso al caso explicado al inicio de este trabajo, se puede indicar que el operador de telecomunicaciones al no haber incorporado en sus spots publicitarios de la promoción “CUADRIPLICA TUS RECARGAS” la nota aclaratoria respecto a la disminución de USD \$0.25 por cada dólar recargado, estaría incurriendo en actos de engaño por omisión de información, conducta sancionada según la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado.

3.2.2. Actos de confusión

El artículo 27 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado, detalla entre las prácticas desleales a los actos de confusión de la siguiente forma:

⁴⁰ Silvia Varona Vivar, *Competencia Desleal*, (Segunda Edición, Valencia, Valencia: Edit. Tirant lo Blanch, 1999). 385-386.

⁴¹ Ignacio Moralejo Menéndez, *Omisiones engañosas en Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, (Edit. Aranzadi S.A., Navarra 2001).164.

⁴² Ivan Thompson, *La Publicidad Engañosa*, citado en la Resolución de Inicio de Investigación de 14 de abril de 2014 Expediente No. SCPM-IIPD-2013-014, p. 26.

Art. 27.- Prácticas Desleales.- Entre otras, se consideran prácticas desleales, las siguientes:

1.- Actos de confusión.- Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto, real o potencial, crear confusión con la actividad, las prestaciones, los productos o el establecimiento ajenos. En particular, se reputa desleal el empleo o imitación de signos distintivos ajenos, así como el empleo de etiquetas, envases, recipientes u otros medios de identificación que en el mercado se asocien a un tercero.⁴³

Como lo indica la norma citada, constituye acto de competencia desleal toda conducta que tenga como efecto, real o potencial, inducir al error a otros agentes en el mercado respecto al origen empresarial de la actividad, el establecimiento, las prestaciones o los productos propios, de manera tal que se considere que estos poseen un origen empresarial distinto al que realmente les corresponde.

Al respecto, Mercedes Curto Polo, dice que:

(...) es preciso tener en cuenta todas las circunstancias en las que tiene lugar el comportamiento del operador económico susceptible de inducir a error a los destinatarios de determinados bienes o servicios acerca de su procedencia empresarial. De ahí que no solo se tengan en cuenta los signos empleados o la similitud de los productos o servicios, sino también la forma de presentación de los productos, las etiquetas, leyendas publicitarias que acompañan la publicidad de los productos, etc.⁴⁴

José Messaguer por su parte manifiesta que:

Legalmente el acto de confusión como comportamiento de toda clase idóneo para crear confusión con la actividad, las prestaciones o establecimientos ajenos, circunstancia que se atiende producida ya cuando es para crear un riesgo de asociación por parte de los consumidores respecto de su procedencia empresarial. De este modo, el centro de gravedad de la deslealtad parece situarse en la explicación de las ventajas competitivas ligadas otro sujeto, sea su actividad, establecimiento o prestaciones (desleales entre competidores); sin embargo la deslealtad se asienta en la reacción de los consumidores ante el suministro de una información que no corresponde con la legalidad (deslealtad entre los consumidores)⁴⁵

Silvia Barona Vivar en su obra Competencia Desleal, de forma complementaria respecto a los actos de confusión dice:

No debe olvidarse que un elemento a tener en cuenta es el riesgo de asociación por parte de los consumidores respecto de la procedencia del producto, riesgo que es suficiente para fundamentar la deslealtad de una práctica (SAP de Navarra de 4 de

⁴³ República del Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado [2011]*, art. 27 numeral 1, en Registro Oficial, Segundo Suplemento, No. 555, (Quito, 13 de octubre de 2011).10

⁴⁴ Mercedes Curto Polo, *Actos de Confusión en Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, (Navarra: Edit. Aranzadi S.A., 2011).157

⁴⁵ José Messaguer, *Comentarios de la Ley de Competencia Desleal*, (Edit. Civitas, Madrid 1999).45

mayo de 1998 (RA 1067), riesgo que es más probable que se plantee en los supuestos en que nos hallamos ante un producto que pertenece al mismo sector comercial. Es por ello que se afirma que se trata de actos que poseen la capacidad objetiva de confundir a potencialmente consumidores, como podría gestarse ante la utilización del distintivo utilizado por una empresa en relación con el usado por otra entidad (SAP de Cantabria de 20 de abril de 1998, RA 606)

Es importante destacar que la doctrina ha indicado que los actos de confusión son de difícil distinción respecto a los de engaño, imitación y explotación ajena, así por ejemplo Ignacio Moralejo increpa que:

Esta última circunstancia puede llegar a plantear problemas en el momento de delimitar el alcance del precepto que ahora nos ocupa en relación con la conducta perseguida por otros actos también perseguidos por desleales. Concretamente estamos haciendo referencia a la dificultad que en ocasiones surge llegado el momento de discriminar entre las omisiones engañosas y actos de confusión y explotación ajena⁴⁶

El motivo de esta relación, radica en que todos estos actos (si cumplen con los supuestos para que sean considerados como desleales) atentan contra el principio de veracidad. Citando a Placio, “el valor protegido es la transparencia, puesto que en el riesgo de confusión se viola el derecho de los consumidores a diferenciar libremente las empresas, los productos o servicios”⁴⁷, por esta razón en la práctica es posible que varios casos de engaño sean también casos de imitación y confusión, con sus diversos matices.

Un aspecto importante a destacar respecto a los actos de competencia desleal por engaño y confusión, es que el sujeto pasivo es el consumidor medio o racional, entendido como:

Aquel sujeto con conocimiento y capacidad de percepción corriente, que actúa de manera desprevenida frente a elementos muy precisos de los productos colocados en el mercado. Siendo un ‘derecho de especial protección’ el ordenamiento jurídico presume un parámetro de racionalidad media para el consumidor, a efectos de determinar que no haya una inducción en error con elementos fonéticos, gramaticales, visuales o conceptuales. Así, la finalidad se traduce en evitar que un consumidor solicite un producto confundiendo con otro, o crea razonablemente que las condiciones contractuales son diferentes a las que se le pretenden hacer valer,

⁴⁶ Ignacio Morlejo Menéndez, *Omisiones engañosas en Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, (Edit. Aranzadi S.A., Navarra 2001).175

⁴⁷ José María Custa, citado por Rodrigo Palacio Cardona en *Aspectos Generales del derecho de la competencia desleal*, Derecho de la Competencia, (Medellín, Colegio de Abogados de Medellín). 60

o inclusive que no pueda distinguir el origen empresarial del producto de manera clara y suficiente⁴⁸

El uso de la noción del consumidor racional o el consumidor promedio corresponde a la presunción de un cierto nivel de sagacidad y perspicacia esperada de los compradores dentro de un mercado. En términos jurídicos, se establece una presunción de hecho o *iuris tantum*, basándose en la expectativa que tiene una sociedad respecto de sus consumidores. En consecuencia, para consagrar una determinada presunción, la ley puede tener en cuenta expectativas sociales adecuadamente fundadas, siempre que tales expectativas puedan ser razonablemente satisfechas.

Para que una presunción resulte razonable no es necesario demostrar que la totalidad de los sujetos que puedan eventualmente ser afectados se encuentren en las condiciones de hecho establecidas en la correspondiente disposición. Si ello fuera así, no solo se estaría desvirtuando completamente la naturaleza y el carácter de las presunciones, sino que resultaría francamente imposible o inútil establecer presunciones⁴⁹

Según la jurisprudencia colombiana, en sentencias y en laudos arbitrales, así como también lo ha fijado la doctrina oficial de la Autoridad de Protección del Consumidor, debe entenderse que un consumidor medio o racional es un sujeto con conocimiento y capacidad de percepción corriente, que actúa de manera desprevenida frente a elementos muy precisos de los productos⁵⁰. De esta forma, en la medida en que uno de los bienes jurídicos protegidos por el derecho de consumo es la libertad de elección, la carga impuesta a quien coloca productos en circulación dentro del mercado es informar los aspectos relevantes y determinantes para que el consumidor pueda ejercer dicha libertad⁵¹.

Para lo anterior deben tenerse en cuenta todos los elementos fonéticos, gramaticales, visuales y conceptuales, para determinar cuál es el mensaje que en su conjunto le llega al comprador. Particularmente para el caso de publicidad de

⁴⁸ República de Colombia. Sala de lo contencioso administrativo, sección primera, sentencia del 10 de mayo de 2007, C.P.: Camilo Arciniegas Andrade; (Sentencia, C.P.: Rafael Ostau de Lafont P.; Laudo Arbitral Mouse Star Ltda. V. Erick Yesid Vargas Bautista). 30 de noviembre de 2006

⁴⁹ República de Colombia. Corte Constitucional. (Sentencia C-388 de 2000), 5 de Abril del 2000.

⁵⁰ República de Colombia, Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (Laudo Arbitral Mouse Star Ltda. V. Erick Yesid Vargas Bautista), Diciembre 5 de 2001.

⁵¹ República de Colombia. Corte Constitucional. (Sentencia C-1141 de 2000), 30 de Agosto del 2000

promociones o con incentivos, la Autoridad de Protección del Consumidor⁵² colombiana ha explicado la relevancia de incluir las restricciones y condiciones para acceder al incentivo ofrecido, así:

Es importante resaltar, que un consumidor medio, aquel que no es ni muy diligente ni muy descuidado, al revisar la mencionada publicidad, va a captar y entender que al comprar un vehículo financiado, deberá pagar un 0% de interés en cualquier caso sin restricción alguna, y que en cuanto al plazo, este si tiene un límite, por lo cual no puede exceder de los 6 años, lo anterior independientemente de si el aviso en letra diminuta señala la condición y restricción respecto al interés, pues eso no es lo que el que consumidor, pues su atención ya fue capturada por el aviso principal, que con el fin de no inducir en error, lo correcto es que en el mismo se mencionara “DESDE 0% de interés”, dándole a entender al universo de consumidores, que existía una restricción”

3.2.3. Actos de violación de normas

La violación de normas como prácticas desleales se la encuentra en el Artículo 27 numeral 9 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado, textualmente así:

Art. 27.- Prácticas Desleales.- Entre otras, se consideran prácticas desleales, las siguientes:

9.- Violación de normas.- Se considera desleal el prevalecer en el mercado mediante una ventaja significativa adquirida como resultado del abuso de procesos judiciales o administrativos o del incumplimiento de una norma jurídica, como sería una infracción de normas ambientales, publicitarias, tributarias, laborales, de seguridad social o de consumidores u otras; sin perjuicio de las disposiciones y sanciones que fuesen aplicables conforme a la norma infringida.

La concurrencia en el mercado sin las autorizaciones legales correspondientes configura una práctica desleal cuando la ventaja competitiva obtenida es significativa.⁵³

Como lo indica Marcelo Marín en su texto Régimen de Competencia:

Respecto a la violación de normas, este numeral recoge la experiencia argentina, peruana, colombiana y española. A partir de ella, la norma propuesta establece como regla general que, para la configuración de un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas se requiere la concurrencia de los siguientes elementos: i) que exista una infracción del marco legal; y, ii) que dicha infracción origina una ventaja competitiva significativa (...). El cumplimiento de dichos requisitos legales no es una barrera inicial a la concurrencia en el mercado sino que,

⁵² República de Colombia. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Superintendencia de Industria y Comercio, (Resolución número 1033 de 2012, Expediente No. 11 17405), 19 de enero de 2012.

⁵³ República del Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado* [2011], art. 27 numeral 9, en Registro Oficial, Segundo Suplemento, No. 555, (Quito, 13 de octubre de 2011). 12

respetando la iniciativa privada reconocida en la C. 227.6, canaliza su ejercicio ordenado dentro del marco legal vigente.⁵⁴

Por otra parte, de lo indicado por la norma citada, se establece tres modalidades como anticompetitivas en la práctica desleal por violación de normas.

La primera radica en el abuso del derecho de acciones o procesos judiciales o administrativos, que en palabras de Raúl Chanamé, consiste en “una figura por la cual, se ejerce un derecho fuera de la finalidad para la que fue concebido, atropellando un interés legítimo, aún no protegido jurídicamente. Cuando el titular de un derecho lo ejerce con el fin de dañar a otro, no necesariamente con el fin de beneficiarse”.⁵⁵

Así mismo, el tratadista Jorge Torres Manrique, señala que:

(...) esta teoría refiere que cuando se acciona procesalmente con mala fe (malicia) y/o temeridad, se incurre en abuso del derecho, es decir, se comete dicho abuso debido a la utilización del derecho de una manera indebida, anormal, innecesaria, excesiva, perversa, injusta, desmedida, transgresora, anti funcional, impropia o inadecuada⁵⁶

Los autores manifiestan que el abuso del derecho en procesos judiciales infundados, se pueden encaminar a una práctica anticompetitiva, pues el mecanismo o normas que trata de implementar son las buenas prácticas comerciales mismas que desemboquen en una competencia libre y sana sin afectar como hecho primordial el interés general.

La segunda actuación consiste en el incumplimiento o violación de una norma jurídica. Al respecto la ley enumera a modo de ejemplo, las infracciones a normas ambientales, publicitarias, tributarias, laborales, de seguridad social o de consumidores, empero, la disposición legal contemplada no es de carácter taxativa y nos lleva a concluir que en principio, la violación de cualquier norma legal, puede ser considerada como una práctica anticompetitiva, pero, tal como la propia ley lo determina, es requisito necesario para considerar a la violación de norma como una

⁵⁴ Marcelo Marín Sevilla y otros, *Régimen de Competencia*, (1ra Ed. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2013).452

⁵⁵ Raúl Veni Chaname, *Diccionario Jurídico Moderno*, (Tercera Edición, Lima: Grafica Horizonte, 2002).57

⁵⁶ Jorge Torres Manrique, “Teoría del Abuso del Derecho”, 16 de enero de 2013, <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/procedimientocivil/2013/01/16/teoria-del-abuso-del-derecho>. Consulta realizada el 07 de abril de 2017

práctica desleal, la existencia de una ventaja significativa adquirida como resultado de la norma efectivamente vulnerada.

Lo dispuesto en nuestra ley corresponde a lo que en otras legislaciones y la doctrina conocen como la violación de normas no concurrenciales,⁵⁷ es decir, la violación de normas que no tienen como objeto la regulación o el ordenamiento del mercado, sino que establezca obligaciones legales derivadas, entendiéndose como ejemplos normas de calidad, aranceles, higiene, laborales entre otros. No obstante, si bien la norma violentada no es una norma concurrencial se debe presumir que la violación de la misma si tiene un interés concurrencial, es en este sentido que la administración para verificar tal situación deberá determinar en primer lugar la existencia o no de la infracción, en un segundo paso se debe verificar la acreditación de la ventaja competitiva obtenida y por último deberá verificar la repercusión en la posición competitiva a favor del infractor o de un tercero⁵⁸.

La tercera situación consiste en la violación de normas de carácter específicamente concurrencial en el mercado, es decir, la violación de normas que de forma directa moldean y configuran la estructura de los mercados, algunos ejemplos pueden ser normas que señalan permisos de ingreso en el mercado como son los registros sanitarios, licencias y permisos de funcionamiento, normas de regulación sectorial, normas que establecen requisitos obligatorios tales como capital mínimo tipos de socios o accionistas, entre otros.

Conforme lo establece la doctrina, la violación de normas encierra un elemento sustancial que lo determina como un acto de competencia desleal, el cual es la ventaja competitiva significativa adquirida por la violación de norma, tal como se indica:

La violación de normas se perfila como un *prius*, como el supuesto de hecho necesario para cometer la acción jurídicamente relevante desde el punto de vista de la competencia desleal; prevalece en el mercado de la ventaja competitiva significativa obtenida como consecuencia de la infracción normativa. Por lo tanto, en buena lógica el demandado por competencia desleal debería ser el operador económico que se prevalga de la ventaja competitiva significativa, aunque la infracción la haya cometido un tercer agente económico.⁵⁹

⁵⁷ Fernando Carbajo Cacán, *Violación de Normas en Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, (Navarra: Edit. Aranzadi S.A., 2011).419

⁵⁸ *Ibidem.*, 421

⁵⁹ *Ibidem.*, 423

Aunando en más en el tema, el tratadista Santiago Álvarez Carreño señala que “(...) “la frontera entre la litigación protegida y la que no lo está, se cruza, en definitiva, cuando la finalidad del particular no es ganar un juicio favorable frente a un competidor sino dañarle e impedir a otros, con la propia utilización de procedimientos judiciales o administrativos, con independencia del resultado de los mismos, la posibilidad de utilizarlos”.⁶⁰

Así también el tratadista indica que

En este sentido, cuando los particulares se hayan implicado en actividades notoriamente corruptas, tales como sobornos o falsedades, o cuando hayan utilizado los procedimientos legales con el objetivo de dañar a sus víctimas, sus competidores económicos, y no para conseguir la reparación o resolución que el procedimiento invocado podría ofrecerles, se verán desprovistos de la protección que el ejercicio del derecho de petición ofrece.⁶¹

En el caso expuesto en el capítulo uno de este trabajo, el acto de competencia desleal bajo la modalidad de violación de norma se da al existir una sanción impuesta por el juez de contravenciones por violación a derechos de los consumidores y por la ARCOTEL por transgresión a los derechos de los usuarios de telecomunicaciones, en conjunto con el incremento de ganancias del operador infractor y el desplazamiento de las cuotas de mercado.

Para terminar este tópico sobre los actos de competencia desleal por violación de norma, es importante abordar lo referente a la exigencia que el acto sancionatorio por el cual se determine la violación de norma de un operador económico, se encuentre firme. Al respecto la Resolución No. 1035-2011/SC1-INDECOPI de fecha 19 de mayo de 2011 que expresa “la exigencia de una decisión firme tiene por objeto que Indecopi no se convierta en una instancia adicional de discusión que supla las funciones que le corresponden a las autoridades sectoriales competentes y (...)”⁶².

De lo manifestado por la autoridad peruana, se colige que el acto de competencia desleal por violación de normas versa sobre una decisión o acto firme, esta premisa es reconocida por la jurisprudencia y la doctrina en la materia.

⁶⁰ Santiago Álvarez Carreño, *El derecho de petición, Estudios de los sistemas español, italiano, alemán, comunitario y estadounidense*, (Granada 1999), p. 358-359, citado por Marcelo Marín Sevilla en *Régimen de Competencia*, (1ra Ed. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2013). 451

⁶¹ *Ibidem.*, 451

⁶² República del Perú. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección al Consumidor [Resolución No. 1035-2011/SC1-INDECOPI, Lima], 19 de mayo de 2011

Sin salirnos del contexto peruano, el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, en su Resolución No. 0493-2004/TDC-INDECOPI en su página 7 dice que “es decir, para la declaración de la existencia de un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas se requiere que la autoridad competente haya determinado previamente la existencia de una infracción al ordenamiento sujeto a su control y que, además, dicha determinación tenga el carácter de firme”⁶³. Esta afirmación tiene concordancia por lo manifestado por el mismo Tribunal en la Resolución No. 0566-2005/TDC-INDECOPI dice que “únicamente cuando el procedimiento trate sobre una infracción distinta al cumplimiento de requisitos legales para la realización de actividades económicas, existirá incertidumbre sobre la configuración de un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, por lo que se requerirá una decisión previa y firme de la autoridad”⁶⁴.

De lo expuesto en el párrafo anterior se concluye que el requisito indispensable para que opere la conducta de violación de normas contemplada en el artículo 27 numeral 9 de la LORCPM es que el acto se encuentre en firme. Ahora bien, cabe la interrogante, ¿Qué es un acto en firme?

La legislación ecuatoriana en el artículo 177 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva dice que:

Art. 177 Plazos.

1. El plazo para la interposición del recurso de apelación será de 15 días contados a partir del día siguiente de su notificación. Si el acto no fuere expreso, el plazo será de dos meses y se contará, para otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzcan los efectos del silencio administrativo.

Transcurridos dichos plazos sin haberse interpuesto el recurso, la resolución será firme a todos los efectos⁶⁵.

Por otra parte, el Código Tributario en su artículo 83, define específicamente que “son actos administrativos firmes, aquellos respecto de los cuales no se hubiere presentado reclamo alguno, dentro del plazo que la ley señala”⁶⁶

⁶³ República del Perú. Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, [Resolución No. 0493-2004/TDC-INDECOPI Lima], 22 de septiembre de 2004

⁶⁴ República del Perú. Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, [Resolución No. 0566-2005/TDC-INDECOPI Lima], 18 de mayo de 2005

⁶⁵ República del Ecuador, *Decreto Ejecutivo 2428 Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva* [2002], art. 117, en Registro Oficial 536 de 18 de marzo de 2002

De los artículos en mención se desprende que un acto en firme es el que, por el transcurso de los plazos establecidos, ya no son susceptibles de impugnación, aunque pudieron ser en su momento. Es decir, aquellos actos en los que el interesado ha dejado pasar los plazos que tenía para incurrir, en vía administrativa o en vía judicial, por lo que el acto queda firme e inatacable. Dicho de otra forma, un acto no es firme hasta que no se han agotado todas las vías de recurso o ha transcurrido el plazo para interponerlo, un acto recurrido ante los tribunales contencioso – administrativos y que se halla pendiente de sentencia, no es un acto firme.

Lo afirmado, tanto en definición de lo que es acto en firme como los requisitos estipulados por la doctrina, confluye el artículo 14 literal a del Decreto Legislativo No. 1044 en el que se aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal que a su tenor dice:

14.2 La infracción de normas imperativas quedará acreditada:

a) Cuando se pruebe la existencia de una decisión previa y firme de la autoridad competente en la materia que determine dicha infracción, siempre que en la vía contencioso administrativa no se encuentre pendiente la revisión de dicha decisión⁶⁷.

En el Ecuador, al día de hoy, no hay un criterio público de la Autoridad de control del poder del mercado (resoluciones de la Comisión de Resolución de Primera Instancia o del Superintendente de Control del Poder del Mercado) respecto a los requisitos que debe reunir el acto administrativo para que constituya la infracción prevista en el artículo 27 numeral 9 de la LORCPM. Sin embargo podemos encontrar un criterio en el expediente No. SCPM-IIPD-2013-007 en cuyo Informe de Investigación Preliminar, haciendo alusión a la jurisprudencia peruana indicada en el párrafo anterior, resaltó la clara diferenciación entre la Ley de Represión de la Competencia Desleal y la Ley Orgánica de Control del Poder del Mercado por cuanto en la primera es un requisito *sine qua non* que la decisión previa de la autoridad competente en la materia y firme, mientras que en la norma ecuatoriana no establece tal condición.

⁶⁶ República del Ecuador, *Código Tributario [2005]*, art. 83., en *Registro Oficial 38 (Quiyo) 14 de junio de 2005*.

⁶⁷ República del Perú, *Decreto Legislativo 1044*, publicado en el Diario Oficial 25 de junio del 2008 que aprueba la “Ley de Represión de la competencia desleal”. Art. 14.2

3.3. Aproximación a los cuerpos normativos que regulan al sector de las telecomunicaciones

El sector de las telecomunicaciones es objeto de una amplia regulación por su carácter especial, técnico, relevante y de importancia en las últimas décadas. En la normativa ecuatoriana, desde hace varios años se ha desarrollado una extensa regulación, la cual ha procurado abarcar todos los aspectos relativos a la prestación del servicio de telecomunicaciones, y que a partir del 18 febrero del año 2015 por la expedición de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones LOT, ha sido objeto de cambios sustanciales.

Sin entrar en mayor detalle sobre la cantidad inmensurable de normativa secundaria (actos normativos de la Autoridad de Telecomunicaciones), detallo la normativa que rige que al sector de las telecomunicaciones y en específico aquella que tiene relación con la prestación del servicio frente a los abonados, usuarios o consumidores.

3.3.1. Ley Orgánica de Telecomunicaciones y su Reglamento

La Ley Orgánica de Telecomunicaciones se publicó en el Tercer Suplemento del Registro Oficial 439 del 18 de febrero de 2015, está compuesta por 14 Títulos y cuyo objeto según su artículo 1 es “desarrollar, el régimen general de telecomunicaciones y del espectro radioeléctrico como sectores estratégicos del Estado que comprende las potestades de administración, regulación, control y gestión en todo el territorio nacional, bajo los principios y derechos constitucionales establecidos”⁶⁸.

Como aspectos relevantes para el presente trabajo se destaca en esta normativa el título III sobre los Derechos y Obligaciones de los usuarios y prestadores de servicios de telecomunicaciones y el título XIII sobre el régimen sancionatorio.

El Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, tiene como objeto “el desarrollo y aplicación de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones LOT”⁶⁹. En mi opinión, este reglamento de aplicación de la norma en mención –

⁶⁸ República del Ecuador, *Ley Orgánica de Telecomunicaciones [2015]*, art. 1, en Registro Oficial, Tercer Suplemento, No. 439, (Quito), 18 de febrero 2015

⁶⁹ República del Ecuador, *Reglamento General a la Ley Orgánica de [2016]*, art. 1, en Registro Oficial Suplemento, No. 676, (Quito), 25 de enero de 2016

como otros expedidos en los últimos años – no solo desarrolla la norma, sino que contempla nuevas disposiciones regulatorias que la tergiversan y contraponen⁷⁰, esta afirmación se constata, en materia tributaria, en el Reglamento de Aplicación a la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno y, en materia de control del poder del mercado, en el Reglamento de aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado.

3.3.2. Contrato de Concesión para la prestación del Servicio Móvil Avanzado (SMA)

Una de las normas que rigen a los operadores de servicio móvil avanzado en el Ecuador es el Contrato de Concesión o título habilitante, para entender su importancia y carácter de las sanciones que en este se contemplan, es indispensable abordar su naturaleza, marco legal y características.

Servicio público

El servicio público tal como lo indica Carina Cocuelle citando a Jorge Sarmiento García⁷¹ es:

Toda actividad administrativa desarrollada por entidades estatales o por su delegación, que tiene por finalidad satisfacer necesidades individuales de importancia colectiva, mediante prestaciones materiales en especie, periódicas y sistemáticas, que constituyen el objeto de una concreta relación jurídica con el administrado, y asegurada por normas y principios que tienden a dar prerrogativas de derecho público a quien cumple para permitirle la mejor satisfacción de las necesidades colectivas

Por su parte, Roberto Dromi indica que cuando se habla de servicio público, se refiere debemos hacer referencia a:

La prestación esencial que cubre necesidades públicas o de interés comunitario, que explicita las funciones-fines del Estado, de ejecución per se o por terceros, mediando concesión, licencia, permiso, autorización o habilitación, pero siempre bajo la fiscalización estatal. Es decir, puede tratarse de la provisión de agua, luz, gas, teléfonos, como de la prestación de servicios de educación, salud, transporte.⁷²

⁷⁰ Por ejemplo el artículo 53 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones se contraponen a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, por cuanto en este no indica la obligatoriedad que el usuario debe terminar el contrato de prestación de servicios con al menos 15 días de antelación.

⁷¹ Carina Cocuelle, *Control y Entes Reguladores*. En Ismael Farrando, *Contratos Administrativos*, (Buenos Aires: LexisNexis, 2002). 529

⁷² Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, (Décima Segunda Edición, Buenos Aires-Madrid-México: Ciudad Argentina, Hispania libros, 2009).709

La titularidad de la prestación de los servicios públicos ha tenido dos etapas en lo que va de las últimas cinco décadas. En la primera desarrollada entre 1945 y 1989, netamente centralizada, el Estado a través de entes descentralizados (empresas, sociedades, etc.), presta los servicios de forma directa sin la intromisión de un ente privado.

En la segunda desde 1989 hasta la actualidad, el Estado por delegación entrega esta función a entes privados, transformando su función de prestador de servicios en una de regulación y control.

En este contexto las telecomunicaciones en el Ecuador son considerado un servicio público conforme el artículo 314 de nuestra Constitución al indicar que el Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos, entre otros, el de telecomunicaciones y dispondrá que los precios y tarifas de estos servicios públicos sean equitativos, estableciendo su regulación y control. Este servicio, acorde a la segunda etapa descrita en líneas anteriores, puede ser prestado de manera excepcional a través de entes de derecho privado, tal como lo prescribe el artículo 316 de la Constitución del Ecuador.

Art. 316.-El Estado podrá delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria. La delegación se sujetará al interés nacional y respetará los plazos y límites fijados en la ley para cada sector estratégico.

El Estado podrá, de forma excepcional, delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de estas actividades, en los casos que establezca la ley.⁷³

Por otra parte, nuestra Carta Magna en el artículo 313 considera a las telecomunicaciones como un sector estratégico cuya orientación debe el desarrollo de los derechos e interés social, al indicar:

Art. 313.-El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia.

Los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social.

Se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la

⁷³ Constitución de la República del Ecuador [2008], capítulo octavo “Derechos de Protección”, art. 314, ([Quito]: Asamblea Nacional, Registro Oficial 449 (20 de octubre de 2008):55

refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley.

Definición y características del Contrato de Concesión

Citando nuevamente al tratadista Roberto Dromi, la concesión de servicio público es:

El contrato por el cual el Estado encomienda a una persona física o jurídica, privada o pública no estatal, la prestación de un servicio público bajo determinadas condiciones objetivas, subjetivas y temporales. Esta persona “concesionario”, actúa por su propia cuenta y riesgo. La labor se retribuye con el precio o tarifa pagado por los usuarios o con subvenciones y garantías otorgadas por el Estado, o con ambos medios a la vez”⁷⁴

Carina Cocuelle citando a Jorge Sarmiento García⁷⁵ respecto a este tipo de contrato administrativo indica que:

Es aquel contrato en la función administrativa en virtud del cual un ente estatal encomienda o delega a una persona, temporalmente, la ejecución de un servicio público, otorgándole el ejercicio de cierta potestad pública para asegurar su funcionamiento, efectuándose al explotación a costa y riesgo del concesionario bajo la vigilancia y control del ente estatal concedente.

Una característica por su naturaleza esencial del Contrato de Concesión de Servicio Público, es la satisfacción del interés público, por ello tal como lo manifiesta Roberto Dromi:

El Estado es el principal gestor del bien común, debe asegurar mediante la regulación – ordenación, organización, fiscalización y régimen sancionatorio- que la necesidad pública de satisfacer a través de sujetos privados a quienes se otorgó una concesión de servicio público, garantice el mantenimiento y promueva la expansión del servicio. Con la regulación se otorga certeza a las privatizaciones, seguridad a los usuarios y confianza a los inversores⁷⁶.

En cuanto a las características jurídicas, parafraseando lo indicado por Dromi⁷⁷, son las siguientes:

- a) Bilateral: Intervienen dos partes que se obligan recíprocamente, el concesionario como prestador del servicio público y entrega de un valor

⁷⁴ Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, (Décima Segunda Edición, Buenos Aires-Madrid-México: Ciudad Argentina, Hispania libros, 2009).610

⁷⁵ Carina Cocuelle, *Control y Entes Reguladores*. En Ismael Farrando, *Contratos Administrativos*, (Buenos Aires: LexisNexis, 2002). 534

⁷⁶ Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, (Décima Segunda Edición, Buenos Aires-Madrid-México: Ciudad Argentina, Hispania libros, 2009).610

⁷⁷ *Ibidem.*, 611

por la concesión, y la Administración que permite que el primero reciba de los usuarios el previo por los servicios prestados.

- b) Oneroso y Conmutativo: La concesión tiene un valor fijo, variable o los dos, además que existen contraprestaciones recíprocas entre el concesionario y la administración.
- c) *Intuito personae*: La concesión se otorga a una persona en particular y específico, seleccionada por lo general mediante un concurso público, y es ejercida únicamente por esta.

Sanciones en el Contrato de Concesión

La Administración en ejercicio de su facultad de policía, por la obligación de asegurar la debida ejecución del Contrato de Concesión, tiene la facultad de imponer sanciones a los concesionarios por faltas a dicho instrumento.

La finalidad de la infracción contractual en este tipo de contratos, es que la Administración se asegure el efectivo cumplimiento de las obligaciones previstas en el Contrato de Concesión, en pro de la prestación de un servicio público acorde a las disposiciones legales.

Las Sanciones en los Contratos de Concesión según la doctrina son de varios tipos⁷⁸:

- a) Pecuniarias: entendidas como las multas, la cual no tiene en cuenta la reparación de un daño efectivo, sino el acaecimiento de una conducta transgresiva del cocontratante⁷⁹.

Un aspecto sobre el cual la doctrina argentina en materia Derecho Administrativo aún no tiene una postura definida, es considera la cláusula penal como una infracción pecuniaria. Esta discordia no es objeto del presente trabajo, sin embargo considero que es importante su mención.

- b) Coercitivas: consisten en el reemplazo provisorio del cocontratante en la ejecución del contrato para eliminar su inoperancia⁸⁰. Estas sanciones no extinguen el contrato, sino que suspenden los efectos del mismo.

⁷⁸ Carina Cocuelle, *Control y Entes Reguladores*. En Ismael Farrando, *Contratos Administrativos*, (Buenos Aires: LexisNexis, 2002).577

⁷⁹ *Ibidem.*, 578

- c) Rescisoria: Son las que finalizan el Contrato de Concesión por cuanto su ejecución resulta imposible para con concesionario.

Los Contratos de Concesión para la prestación del Servicio Móvil Avanzado suscritos por las operadoras CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL y OTECEL S.A., contempla tres tipos de sanciones por infracciones contractuales: i) amonestación escrita, ii) multa pecuniaria y iii) terminación del Contrato de Concesión; estas sin perjuicio que la Autoridad obligue a las operadoras a resarcir el daño causado a los usuarios del servicio.

El Contrato de Concesión como fuente de derecho

Uno de los aspectos esenciales de los Contratos de Concesión y que tiene especial relevancia en este trabajo, es la calificación de este como fuente de derecho. Al respecto para Eduardo Martehikian este contrato constituye:

Para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma, y -además- que no se puede consentir la mera invocación del interés público por parte de la Administración contratante para pretender desligarse de sus compromisos regularmente asumidos (...) Si el contrato es caracterizado legalmente como una declaración de voluntad común destinada a reglar los deberes y derechos subjetivos de las partes contrayentes (Artículo 1137, Código Civil) y en tanto configura para ellas una regla a la cual deben sujetarse como a la ley misma (Artículo 1197, Código Civil), no pueden caber dudas de que el contrato administrativo encaja en el concepto de fuentes del derecho, incluso en el ámbito de las dos acepciones antes apuntadas”⁸¹.

Siguiendo la misma línea, la doctrina ha sostenido que, si bien es cierto el Estado tiene la facultad o prerrogativa de introducir modificaciones dentro de la organización o en el funcionamiento del servicio público, “las modificaciones que establezca la Administración Pública siempre tendrán por base el contrato de concesión de servicio público”⁸². Por lo tanto, el contrato de concesión genera a favor del contratista concesionario una serie de derechos subjetivos, los cuales tienen

⁸⁰ Ibídem., 579

⁸¹ Eduardo Martehikian, *Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras Fuentes del Derecho Administrativo*, (Ediciones Rap S.A., 2009). 37.

⁸² Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, (Décima Segunda Edición, Buenos Aires-Madrid-México: Ciudad Argentina, Hispania libros, 2009).634.

amparo en la Constitución y en la normativa vigente, así lo ha dicho Roberto Dromi al indicar que:

Así, como correlato al derecho de mutabilidad del contrato que tiene la Administración con fundamento en el interés público, el concesionario tiene el derecho a que esa prerrogativa no signifique el desconocimiento liso y llano de sus derechos contractuales y que llegue al grado de desnaturalizar o desfigurar las condiciones pactadas. Por ello, no es posible que el poder administrativo varíe las condiciones contractuales en perjuicio del concesionario que posee derecho subjetivos nacidos del contrato, con efectos lesivos que desnaturalicen la relación contractual.⁸³

Por su parte, la jurisprudencia ha coincidido con lo manifestado por la doctrina y ha considerado que:

La modificación unilateral de lo convenido por las partes llevada a cabo por la Administración con independencia de la voluntad de la contratista, no puede justificarse a la luz de lo expresamente dispuesto por el art. 1197 del Código Civil, sin que la posibilidad reconocida a la Administración Pública de poder alterar los términos del contrato en función del ius variandi pueda extenderse a supuestos como el de autos, en el que no se ha alegado y menos aún ha sido materia de demostración, cuál es el interés público que resultaría comprometido en caso de no accederse a la pretensión de la comitente de hacer prevalecer su voluntad por sobre la clara manifestación en contrario puesta de manifiesto por la adjudicataria. Si así no fuera, la noción misma de contrato quedaría desvirtuada. Cabe recordar al respecto que la propia demandada ha insistido en que la institución, aun en el campo del derecho administrativo, sigue siendo la “ley para las partes”⁸⁴

La Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, ha determinado que:

El contrato nace del acuerdo de voluntades, y es este acuerdo el que, salvo ciertas excepciones impuestas por razones de orden público o de moral o con el propósito de proteger a los incapaces, determina con entera libertad los efectos que el contrato ha de producir y la extensión y duración del mismo⁸⁵.

De lo manifestado anteriormente, se puede colegir que los Contratos de Concesión para la Prestación del Servicio Móvil Avanzado, celebrados entre las operadoras que prestan su servicio bajo la marca “Claro” y “Movistar”, son una fuente plena de derecho que constituye Ley para las partes.

El Contrato de Concesión como acto de violación de norma

⁸³ Ibídem., 645

⁸⁴ República de la Argentina. Corte Superior de Buenos Aires (Fallos 312:84, “Marocco y Cía. SACIFICA. v. Dirección Nacional de Vialidad s/ ordinario), 09 de febrero de 1989.

⁸⁵ República del Ecuador. Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil (Resolución N° 71-2015) de 2 de junio de 2015.

Tal como lo indiqué previamente, las telecomunicaciones son servicios estratégicos de carácter público y su concesión no es otra cosa que la delegación de responsabilidades y facultades del Estado para instalar, prestar y explotar tales servicios.

Conforme lo indicado en líneas atrás, el numeral 9 del artículo 27 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado se refiere a prácticas desleales caracterizadas por la violación de normas jurídicas de manera general, sin precisar el alcance o el tipo de norma jurídica, enunciando, solo a manera de ejemplo (mas no taxativamente), la infracción de normas ambientales, publicitarias, tributarias, laborales, de seguridad social, de consumidores, entre otras, pero incluso llegando a considerar dentro de esta conducta a la concurrencia al mercado sin las autorizaciones legales correspondientes, autorizaciones que por supuesto, no tienen un carácter general como lo es el Contrato de Concesión para la prestación del Servicio Móvil Avanzado. Al respecto basta hacer mención a la definición de norma jurídica, expuesta por Marco Monroy Cabra: “una regla de conducta heterónoma bilateral, externa y coercible”⁸⁶, definición concordante con el artículo referido, que no contiene más limitación que la que devenga de su sentido natural y obvio.

Ahora bien, surge la interrogante si el incumplimiento del contrato de concesión por parte de un operador de telecomunicaciones puede ser considerado como violación de norma; en contraste – como por ejemplo - de un contrato celebrado de derecho privado. Para responder estas interrogantes me debo remitir a la naturaleza de los contratos administrativos, sus características y diferencias con los contratos civiles, la potestad sancionadora de la autoridad administrativa para finalmente encasillar a estos contratos dentro de lo expresado en el numeral 9 del artículo 27 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado.

El contrato administrativo según reza en el diccionario jurídico OMEBA dice que es:

el celebrado entre la administración, por una parte, y un particular o empresa por la otra, para realizar una obra pública, explotar un servicio público u obtener la concesión de alguna fuente de riqueza dependiente de la entidad de derecho público. Esta combinación de voluntades desiguales por su calidad, pública y aún soberana a la una, y privada y aun sometida en aspectos generales a la otra, revela la flexibilidad de los vínculos contractuales, y anticipa la singularidad de esta contratación. Aun

⁸⁶ Marco Monroy Cabra, *Introducción al Derecho*, (Décimo Tercera Edición, Bogotá: Edit. Temis, 2003). 83

siendo administrativos consiste en recurrir a la doble personalidad de la administración. Con tal criterio, esta, como persona de Derecho Público, celebra tales contratos; mientras queda sujeta al derecho común cuando actúa como persona de Derecho Privado. La construcción de una carretera origina un contrato administrativo; la compra de un cuadro, para destinarlo a un museo, un contrato civil⁸⁷

La definición prevista en la Enciclopedia Jurídica Omeba enmarca dos consideraciones, la primera, una definición propiamente dicha del contrato administrativo y la segunda la diferencia con los contratos de derecho privado. Respecto a la primera según Miguel Lima Endara se puede decir que el contrato administrativo es “toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos, entre dos personas, una que representa la función administrativa y otra que es un particular o también puede representar a la misma función administrativa”⁸⁸

De modo general las características del contrato administrativo son: i) el formalismo entendido como el instrumento y la serie de requisitos que exteriorizan la voluntad de las partes como fin de un proceso de contratación; ii) la desigualdad jurídica entendida como la serie de prerrogativas que se otorga a favor de la administración ya sea por cláusulas exorbitantes - por ejemplo las sanciones - o por condiciones propias de cada modalidad; iii) que sea *intuitu personae*, es decir que la contraparte de la administración es una persona seleccionada por lo general a través de un procedimiento; iv) mutabilidad del contrato que debe adaptarse a las necesidades públicas colectivas a medida que cambian las condiciones existentes al momento de celebrarse.

En este sentido, el Contrato de Concesión para la prestación del Servicio Móvil Avanzado, presenta las siguientes características:

- a) Una de las partes es la Administración Pública, la cual actúa, en este caso, imbuida de imperio frente al particular.
- b) El objeto del contrato tiene una finalidad pública a cubrirse.
- c) El procedimiento a seguirse de modo previo a su celebración está determinado en el ordenamiento jurídico.

⁸⁷ *Enciclopedia Jurídica Omeba*, tomo IV, p, 120

⁸⁸ Miguel Lima Endara y otros, *Celebración de Contratos Administrativos*, (Quito, Corporación Editorial Nacional, 2001).26

- d) Existe un grado de adhesión o subordinación de los operadores de telecomunicaciones en su calidad de concesionario, a la voluntad pública que de modo previo a su celebración del contrato, establece en función de la necesidad o servicio público a cubrirse, los lineamientos y reglas sobre las cuales se contrató.

Respecto a las diferencias entre los contratos administrativos y los celebrados entre particulares, parafraseando lo indicado por Miguel Lima Endara, podemos destacar las siguientes:⁸⁹

1. Por el Sujeto: en un contrato administrativo siempre una parte es la administración - entendida en cualquiera de sus formas central, institucional o seccional - y la otra una persona particular. La administración por lo general representada por la máxima autoridad de la entidad contratante. En los contratos celebrados entre particulares las personas son de derecho privado, o en su defecto puede ser la administración pero compareciendo como una persona de derecho privado.
2. Por el objeto: en los contratos administrativos la concesión de un servicio, recurso o adjudicación de una obra, persigue satisfacer una necesidad de carácter general, de interés público. En los contratos entre particulares se persigue satisfacer un interés particular e individual.
3. Por la forma: como ya se lo indicó anteriormente, en los contratos administrativos existen requisitos y condiciones precontractuales y contractuales, previstos en la norma que se debe cumplir para que estos sean válidos. En los contratos celebrados entre particulares, existen requisitos generales y comunes para las partes.
4. Por el régimen jurídico: los contratos administrativos se rigen por un marco jurídico específico, así en el Ecuador por citar algunas normas, tenemos la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Ley de Modernización del Estado, Ley Orgánica de Telecomunicaciones,

⁸⁹ Ibídem., 38

Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. En los contratos celebrados entre particulares se rigen a leyes generales como el Código Civil o Código de Comercio

Como se indicó, una de las diferencias entre los contratos administrativos y los privados es la posibilidad de imponer sanciones por parte de la administración, lo cual tiene su sustento en la potestad sancionadora que tiene la administración definida de modo general como la atribución que el ordenamiento jurídico le confiere para aplicar sanciones, como consecuencia de los actos ilícitos cometidos por los administrados; una de tantas prerrogativas que tiene la administración para que pueda cumplir con su fin último de satisfacer el bien común⁹⁰, así lo describen los números 1 y 2 del artículo 192 del ERJAFE:

Artículo 192.- Principio de Legalidad.-

1. La potestad sancionadora de la Administración Pública, reconocida por la Constitución se ejercerá cuando haya sido expresamente atribuida por una norma con rango de ley, con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio y de acuerdo con lo establecido en esta norma
2. El ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a los órganos administrativos que la tengan expresamente atribuida, por disposición de rango legal⁹¹

En el sector de las telecomunicaciones esta potestad se la encontraba en la letra h) del artículo 35 de la Ley Especial de Telecomunicaciones – sobre las funciones de la Superintendencia de Telecomunicaciones - y que actualmente se la encuentra en el artículo 125 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, que a su tenor respectivamente indican:

Ar. 35.- Las funciones de la Superintendencia de Telecomunicaciones, son:

(...)

h) Juzgar a las personas naturales y jurídicas que incurran en las infracciones señaladas en esta Ley y aplicar las sanciones en los casos que correspondan⁹²

⁹⁰ Universidad Austral, *Jornadas sobre Cuestiones de Contratos Administrativos 17, 18 y 19 de mayo de 2016*, Ricardo H. Francavilla, (Buenos Aires, Ediciones Rap S.A.2007).209

⁹¹ República del Ecuador, *Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva ERJAFE*, [2002], art. 192, en Registro Oficial, Suplemento, No. 536, (Quito, 18 de marzo del 2002)

⁹² República del Ecuador, *Ley Especial de Telecomunicaciones*, [1992], art. 35, en Registro Oficial No. 996, (Quito, 10 de agosto de 1992)

Artículo 125.- Potestad sancionadora. Corresponde a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones iniciar de oficio o por denuncia, sustanciar y resolver el procedimiento administrativo destinado a la determinación de una infracción y, en su caso, a la imposición de las sanciones establecidas en esta Ley. La Agencia deberá garantizar el debido proceso y el derecho a la defensa en todas las etapas del procedimiento sancionador⁹³

La potestad sancionadora de la Administración, tiene su origen en el principio de legalidad entendido de manera general como aquel según el cual toda actividad del Estado debe estar conforme con la normativa jurídica vigente, y que en nuestra Constitución se lo encuentra en el artículo 226 que indica:

Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencia, las servidoras y servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley⁹⁴

El principio de legalidad guarda estrecha relación con el principio de tipicidad, referente a que la conducta que se exterioriza mediante el acto debe adecuarse a la infracción tipificada como tal en la ley; por tal motivo, la tipicidad se encuentra íntimamente vinculada con el principio de legalidad y el aforismo latino *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* el cual consagra que no existe infracción ni pena sin que previamente ambas estén contempladas en la ley. Al respecto, el doctor Ernesto Albán Gómez en su obra Manual de Derecho Penal Ecuatoriano señala que “así pues, el acto concreto, ejecutado por el sujeto activo, debe acomodarse plenamente a esa descripción hipotética. La tipicidad, es precisamente la identificación plena de la conducta humana con la hipótesis prevista y descrita en la ley. En ese caso, estaremos frente a un acto típico”⁹⁵. Este principio que impone una exigencia material absoluta de predeterminación normativa de las conductas y de las sanciones correspondientes, dicho en otras palabras la tipificación es la descripción legal de una conducta específica a la que se conectará una sanción administrativa.

En el campo específico de las telecomunicaciones, la transgresión a las cláusulas del contrato de concesión o los títulos habilitantes constaba en la Ley Especial de Telecomunicaciones en la letra h) del artículo 28 al indicar textualmente que:

⁹³ República del Ecuador, *Ley Orgánica de Telecomunicaciones [2015]*, art. 125, en Registro Oficial, Tercer Suplemento, No. 439, (Quito), 18 de febrero 2015

⁹⁴ Constitución de la República del Ecuador [2008], capítulo séptimo “De la Administración Pública”, art. 226, ([Quito]: Asamblea Nacional, Registro Oficial 449 (20 de octubre de 2008)

⁹⁵ Albán Gómez, Ernesto. Manual de Derecho Ecuatoriano. Tomo I. Parte General. Ediciones Legales. Diciembre, 2012. Quito-Ecuador. pág. 155.

Art. 28.- Infracciones.- Constituyen infracciones a la presente Ley, las siguientes:
(...)

h) Cualquiera otra forma de incumplimiento o violación de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia de telecomunicaciones⁹⁶

En la vigente Ley Orgánica de Telecomunicaciones, la tipificación en mención se la encuentra en el artículo 117, letra a) número 3 y 117, letra b) número 16 al prescribir como infracción de segunda clase para los poseedores y no poseedores de título habilitante:

Cualquier otro incumplimiento de las obligaciones previstas en la presente Ley y su Reglamento; los planes, normas técnicas y resoluciones emitidas por el Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información y por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones⁹⁷

En conclusión puedo afirmar que la transgresión a las cláusulas del Contrato de Concesión para la prestación de Servicio Móvil Avanzado, suscrito por las operadoras OTECEL S.A y CONECEL S.A., se enmarca dentro de la infracción prevista en el numeral 9 del artículo 27 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, por cuanto tal hecho configura una infracción prevista en la derogada Ley Especial de Telecomunicaciones y replicada en la vigente Ley Orgánica de Telecomunicaciones, así pues lo ha ratificado la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales dentro del Informe de Resultados de un expediente al indicar expresamente que la violación al contrato público de concesión de un servicio, constituye una infracción a la Ley Especial de Telecomunicaciones, por lo que es el incumplimiento a dicho contrato de concesión, es considerado como un acto de violación de norma.

3.3.3. Ley Orgánica de Defensa del Consumidor

La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor publicada en el Suplemento No. 116 del Registro Oficial del 10 de julio del 2000, tiene por objeto el “normar las relaciones entre proveedores y consumidores, promoviendo el conocimiento y protegiendo los derechos de los consumidores y procurando la equidad y la seguridad jurídica en dichas relaciones entre las partes”⁹⁸.

⁹⁶ *Ibíd.*, art. 28 letra h)

⁹⁷ *Ibíd.*, artículo 117 letra a) número 3 y artículo 117, letra b) número 16

⁹⁸ República del Ecuador, *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor*, [2000], art. 1, en Registro Oficial, Suplemento, No. 116, (Quito, 10 de julio del 2000)

Le ley en mención define varios términos, éntrelos cuales podemos destacar: consumidor, consumidor, contrato de adhesión, información básica comercial, oferta, proveedor, publicidad, publicidad abusiva o engañosa, y prestadores de servicios a los consumidores. Por otra parte en este cuerpo normativo establecen los derechos fundamentales de los consumidores, entre los que destacan el de protección a la vida, salud y seguridad en el consumo; a la libertad de elegir; a recibir servicios básicos de óptima calidad; a recibir información veraz, clara, oportuna y completa sobre el bien y servicio, así como las condiciones de adquisición, precio y calidad; a la protección de la publicidad engañosa o abusiva.

Respecto a la publicidad, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, prohíbe la engañosa o abusiva⁹⁹. Es engañosa la que no corresponda a las condiciones de adquisición y, en general, que induzca a error al consumidor; y, es abusiva la que incita a la violencia, explota el miedo o inmadurez de los niños y adolescentes también si induce a la alteración del orden público o invite al consumidor a comportarse de manera peligrosa para su salud o seguridad. Se prohíbe especialmente la publicidad que induzca a error sobre el país de origen del bien, los beneficios y consecuencias del uso del bien o contratación del servicio, carácter del bien, precio, tarifa, forma de pago o crédito.

Se establecen varias responsabilidades y deberes del proveedor entre las que se destaca: entregar el bien de conformidad con lo convenido, entregar factura, etc. Respecto a los contratos de adhesión, se prohíben las siguientes cláusulas: que eximan o limiten la responsabilidad; impliquen renuncia de derechos del consumidor, permitan variación unilateral del vendedor del precio o condiciones; autoricen exclusivamente al proveedor a terminar unilateralmente el contrato o suspender la ejecución.

Finalmente se establecen sanciones por el cometimiento de infracciones a la ley en mención.

3.4. Normativa que regula al Sector de las Telecomunicaciones en relación a los actos de competencia desleal por engaño y confusión

Para efectos del presente trabajo, es importante citar ciertas disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, Contrato de Concesión para

⁹⁹ Ibídem., art. 6

la prestación del Servicio Móvil Avanzado y Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, que potencialmente pudieran ser objeto de investigación y posible sanción por parte de la autoridad de competencia ecuatoriana en particular por actos de engaño, confusión, al crear una ventaja significativa, afectación a la competencia y consumidores.

3.4.1. Ley Orgánica de Telecomunicaciones

En esta ley se considera para efectos de este trabajo, las referentes a los principales derechos de los abonados, clientes o usuarios frente a la prestación del servicio por parte de los operadores (art. 22), obligaciones de los prestadores de servicios de telecomunicaciones de cara a sus usuarios y la autoridad de regulación y control de las telecomunicaciones (art. 24) y las infracciones a esta ley que son de primera, segunda, tercera y cuarta clase (artículos 117, 118, 119 y 120)

3.4.2. Contrato de Concesión para la prestación del Servicio Móvil Avanzado

En el título habilitante para la prestación del Servicio Móvil Avanzado trae consigo varias disposiciones - de mayor nivel técnico que las establecidas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones pero similares en ciertos temas - en cuanto a obligaciones de la Sociedad Concesionaria (cláusulas 12.12, 12.17, 12.20, 12.22, 12.28, 12.35, 34.1, 34.8, y 38) y las infracciones al contrato de concesión (cláusulas 52.1 y 52.2).

3.4.3. Ley Orgánica de Defensa del Consumidor

Sin restar importancia a varia normativa de la norma que protege al consumidor, principal énfasis en el presente trabajo tienen los artículos 7 y 72 de esta norma que tratan sobre las infracciones publicitarias realizadas por los proveedores de bienes o servicios y lo referente a la infracción por publicidad engañosa.

En el siguiente capítulo se analizará con mayor detalle la relación entre las normas de telecomunicaciones previstas en la ley orgánica del sector, el Contrato de Concesión para la Prestación del Servicio Móvil Avanzado, las normas sobre la publicidad engañosa incluidas en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor y la normativa sobre actos de competencia desleal por engaño y confusión previstas en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado, y desde ya advertimos que las tres protegen el mismo bien jurídico.

Capítulo cuatro

4. Aplicación del principio de *non bis in ídem* en materia de telecomunicaciones por conductas de competencia desleal

Hasta este punto del presente trabajo, se ha dado una explicación del principio de *non bis in ídem* con su triple identidad, los actos que constituyen prácticas desleales (centrándome en tres de ellos) y una mención de los cuerpos normativos que regulan al sector de las telecomunicaciones de cara a la protección de derechos de los usuarios.

Ahora bien, en el presente capítulo se abordará la relación de la competencia desleal con: la protección de los consumidores y derecho de las telecomunicaciones, para finalmente determinar si el principio de *non bis in ídem* es aplicable a las conductas investigadas por la autoridad de competencia, previamente sancionadas como infracciones según la normativa de telecomunicaciones o defensa del consumidor.

4.1. La competencia desleal y relación con la protección de los consumidores y derecho de las telecomunicaciones

4.1.1. La competencia desleal y defensa del consumidor

El derecho de defensa del consumidor -entendido como el conjunto de normas principios e instituciones que protegen al consumidor o usuario de bienes y servicios públicos colocados en el mercado, frente los proveedores - tuvo sus inicios a partir de la segunda mitad del siglo XX, y tiene su origen en el desequilibrio entre el consumidor y los fabricantes/proveedores de los servicios o bienes adquiridos.¹⁰⁰

Parafraseando a Bércovitz, Rodríguez¹⁰¹ y Cano, el arbitrio del consumidor de elegir bienes y servicios entre varios competidores, constituye un principio esencial

¹⁰⁰ José Ovalle Favela, *Derechos del Consumidor*, (México DF: Universidad Autónoma de México, 2000), 3

¹⁰¹ Alberto Bércovitz Rodríguez-Cano, *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal* (Madrid, Editorial Aranzadi-Thomson Reuters, 2011),43

del sistema competitivo en una economía de mercado. En este sentido, un medio fundamental para la protección al consumidor es la regulación contra la competencia desleal y las prácticas restrictivas a la competencia. En la misma línea, Sebastián García Menéndez, dice que “las modernas legislaciones de nuestro entorno, haciéndose eco de la idea política del “Estado Social de derecho”, han tendido a incluir en la regulación de la competencia desleal componentes de la defensa del consumidor, dando legitimación a éstos para intervenir activamente en los proceso de competencia desleal”.¹⁰²

Continuando por lo manifestado por Bércovitz, Rodríguez y Cano, la competencia desleal se relaciona íntimamente con la protección de los consumidores desde dos perspectivas. La primera mediante el reconocimiento de actos de competencia desleal que perjudican de modo directo a los consumidores, ámbito dentro del cual se enmarcan las prácticas de publicidad engañosa o actos de confusión. La segunda, cuando estos actos afectan de forma genérica a los consumidores, restringiendo un correcto funcionamiento del sistema competitivo¹⁰³.

Evidencia de que las normas sobre competencia desleal tienen entre uno de sus fines la protección al consumidor se encuentra en el artículo 26 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado (LORCPM), norma según la cual:

Art. 26.- Prohibición.- Quedan prohibidos y serán sancionados en los términos de la presente Ley, los hechos, actos o prácticas desleales, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea la actividad económica en que se manifiesten, cuando impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general o de los derechos de los consumidores o usuarios.¹⁰⁴

La frase “o de los derechos de los consumidores o usuarios”, incluida al final de la norma citada, muestra claramente que nuestra norma protectora de la competencia económica en la que se encuentran disposiciones sobre competencia desleal protege los derechos de los consumidores. Ahora bien, cabe realizarse la pregunta, ¿cuáles derechos de los consumidores o usuarios protege la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado? En estricto apego a la normativa

¹⁰² Sebastián García Menéndez, *Competencia Desleal Actos de Desorganización del Consumidor*, (LexisNexis: Buenos Aires, 2004). 23

¹⁰³ Alberto Bércovitz Rodríguez-Cano, *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal* (Madrid, Editorial Aranzadi-Thomson Reuters, 2011),43

¹⁰⁴ República del Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado [2011]*, art. 26, en Registro Oficial, Segundo Suplemento, No. 555, (Quito, 13 de octubre de 2011):10

ecuatoriana, me atrevo a decir que son los previstos en entre los artículos 52 al 54 de la Constitución de la República del Ecuador y el artículo 4 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

En este sentido, se ha destacado que una agencia de competencia únicamente es competente para conocer temas de competencia desleal cuando se evidencia una restricción o distorsión a la competencia efectiva que desencadene afectación a los consumidores en el mercado relevante. En la misma línea se han pronunciado autoridades internacionales en la materia, como la Comisión Nacional de Competencia de España cuya Resolución del Expediente S/0140/09 de 30 de junio de 2010 en el caso Vodafone, como nos permitimos citar a continuación:

la LDC faculta a la CNC para perseguir y sancionar las conductas de competencia desleal que, por ser aptas para falsear de forma significativa (artículo 5 de la LDC) la libre competencia, afecten al interés público tutelado por la Ley, esto es, a la competencia efectiva en tanto que institución que garantiza el buen funcionamiento de los procesos del mercado. (...) ¹⁰⁵

Del mismo modo, tratadistas como Massaguer mantienen una postura similar indicando que los actos de competencia desleal para ser conocidos por una autoridad de competencia deben cumplir con requisitos mínimos de vulneración a la eficiencia o competencia efectiva de los mercados. El autor destaca:

El falseamiento a la libre competencia por actos desleales, que ciertamente son actos ilícitos según la legislación contra la competencia desleal [...] no es solo un acto de competencia desleal. En efecto, la ilicitud de esta práctica con arreglo a la LDC no reside en su misma deslealtad concurrencial o, si se prefiere, en su condición de acto de competencia desleal, sino más propiamente en el impacto que sus efectos tienen o pueden tener sobre la competencia en el mercado (falseamiento a la libre competencia) y precisamente por esta razón sobre el interés público [Incluyendo el bienestar de los consumidores].

Solo el falseamiento que afecta o pueda afectar negativamente a las bases o presupuestos de la libre competencia como institución, como principio de orden

¹⁰⁵ España. Comisión Nacional de Competencia, [RESOLUCION Expte. S/0140/09, VODAFONE, 30 DE JUNIO DE 2010]

público económico que garantiza el buen funcionamiento de los procesos de mercado, es relevante como presupuesto del ilícito del artículo 3 de la LDC¹⁰⁶.

En consecuencia, las actuaciones o comportamiento que afecten a la competencia, a la capacidad de los actores de competir en el mercado, o que alteren la estructura o condiciones de competencia efectiva en el mercado son capaces de restringir y distorsionar el modelo competitivo, por lo tanto deben ser objeto de sanción por las autoridades en materia de la libre competencia económica por concepto de competencia desleal¹⁰⁷.

Los vínculos entre competencia desleal y defensa del consumidor conllevan el reconocimiento de la legitimación activa a favor de los consumidores para el ejercicio de acciones por este tipo de conductas, tal como lo indica el artículo 53 de la LORCPM al mencionar que el procedimiento de investigación y sanción se iniciará, entre otros, por denuncia del agraviado o por cualquier persona que demuestre un interés legítimo.

Aplicación del principio de *non bis in idem*

Una vez descrito la problemática sobre la aplicación del artículo 116 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, y partiendo de la hipótesis que este no sea aplicable en casos previamente sancionados por la autoridad de telecomunicaciones, en el presente apartado analizaremos la procedencia de aplicación del principio de *non bis in idem* en los casos previamente sancionados por dicha autoridad y por la juzgadora en materia de defensa del consumidor.

Recordemos lo descrito en el capítulo I del presente trabajo, el principio *non bis in idem* en su vertiente material se entiende como “la prohibición de sancionar simultánea o sucesivamente dos o más veces por un mismo hecho, cuando las normas sancionadoras posean un mismo fundamento o base racional”.¹⁰⁸ De aquí se infiere que el derecho administrativo lo concibe como la interdicción que una conducta sea sancionada cuando lo ha sido en forma previa en el mismo ámbito administrativo.

¹⁰⁶ José Messaguer, *Comentarios de la Ley de Competencia Desleal*, (Edit. Civitas, Madrid 1999).236-237

¹⁰⁷ *Ibidem.*, 237

¹⁰⁸ Manuel Gómez Tomillo e Íñigo Sanz Rubiales, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General*, (Edit. ARANZADI, Navarra, 2006) 205.

En la casuística descrita anteriormente, se desprende de este que el principio en cuestión ante un posible juzgamiento y sanción por parte de la autoridad de control del poder del mercado se vea vulnerado, debido a que el escenario para la operadora de telecomunicaciones evidencia, tal como se indicó en el capítulo I, el cumplimiento de la triple identidad:

- a) Identidad de fundamento: Tal como se lo ha indicado respecto a la estrecha relación entre el derecho de telecomunicaciones, defensa del consumidor y competencia desleal, estas tres disciplinas protegen los mismos bienes jurídicos, los derechos del consumidor; en la presente casuística, el de acceder a información no engañosa y contar con información real para la elección de su producto. En el caso del proceso de incumplimiento contractual de la Superintendencia de Telecomunicaciones se impuso una sanción y se emitió una orden de restablecimiento en favor de los usuarios. Estas sanciones impuestas tienen un carácter y finalidad punitiva, que pretende castigar a la operadora por su actuación en contra de la normativa protectora los derechos de los usuarios de telecomunicaciones y consumidores.

Por otro lado, la investigación y una posible sanción de parte de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, tiene una finalidad sancionadora, como reproche de parte del Estado a la conducta de la operadora en mención

- b) Identidad subjetiva: El denunciado o afectado por las sanciones fue la operadora objeto del caso, que cuenta con un título habilitante para la prestación del servicio móvil avanzado.
- c) Identidad de hechos: Los procedimientos sustanciados en la Autoridad de Telecomunicaciones y en el Juzgado de Contravenciones (previamente por la Defensoría del Pueblo) se fundamentan en la promoción “CUATRIPLICA TUS RECARGAS”

Se desprende del examen realizado que el principio del *non bis in idem* se ve vulnerado, por las siguientes razones: a. la existencia de dos actuaciones de la Administración Pública (dos entidades de supervisión del Estado) c. que pretenden o tienen por finalidad proteger un mismo bien jurídico (los derechos de los consumidores/usuarios de telecomunicaciones); d. en donde la investigación y

posible sanción tienen una misma finalidad (de carácter punitivo); e. frente a un mismo sujeto (empresa objeto del presente caso); f. con la misma causa, es decir se protege el interés general; y g. frente al mismo objeto (la misma campaña publicitaria).

En esa medida, la operadora en cuestión a mi criterio, tendría derecho a que se aplique la mencionada garantía constitucional, incluyendo la etapa de juzgamiento y con mayor razón frente a una posible sanción, puesto que en un Estado de Derecho está prohibido que comportamientos ya juzgados puedan ser objeto de nuevos debates sin distinta formula de juicio.

En un caso del cual tengo conocimiento por mi ejercicio profesional - similar al planteado en el presente trabajo -, y que no es público al haber llegado a la instancia de Investigación Formal por parte de la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, la autoridad indicó que la sanción establecida al operador se debe a un incumplimiento contractual (Contrato de Concesión), en consecuencia esta autoridad al buscar la eficiencia de los mercados y velar por el interés general de los consumidores y usuarios, no le conveniente hablar del principio de *non bis in ídem* estaría infringiendo en una omisión a un requisito indispensable para el principio antes señalado. Dicho en otras palabras, la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, se abstiene de pronunciarse respecto a la aplicación del principio en cuestión por cuanto – a su criterio - la naturaleza del contrato de concesión es *inter partes* cuando, según lo explicado anteriormente, este es una fuente derecho, ley para las partes y por versar sobre la prestación de un servicio público sus efectos repercute en toda la sociedad.

4.2. Consecuencias de aplicación del principio de *non bis in ídem*

De los efectos provenientes de la aplicación del principio *non bis in ídem*, como ya se lo trató en el primer capítulo de este trabajo, son de resaltar de manera significativa, dos de ellos:

- Primero, este principio tiene un efecto negativo de una primera resolución administrativa respecto a los pronunciamientos posteriores. Es decir, que la primera resolución, por regla no sólo bloquea una sanción posterior (doble sanción) sino que además impide propiamente una resolución posterior cualquiera que sea su contenido.

- Segundo, cualquier administración que conozca la primera resolución deberá adoptarla como suya para evitar procedimientos posteriores sobre los mismos hechos y fundamentos.¹⁰⁹ Con esto se comprende que la resolución inicial produce un efecto negativo sobre las demás administraciones competentes, disponiendo que adopten la resolución mencionada, a fin de que no inicien nuevos procedimientos administrativos amparados en los mismos hechos y fundamentos de derecho, y en caso de existir procedimientos administrativos sancionadores por las mismas infracciones estos deben archivarse en virtud de que ya existe una sanción para la infracción por lo que se salvaguardan los intereses legítimamente protegidos y se respetan los principios fundamentales de proporcionalidad y de cosa juzgada en el actuar de la Administración Pública.

La garantía material a no ser sometido a *bis in ídem* sancionador tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada que pueda quebrar la garantía del ciudadano a la previsibilidad de las sanciones con sujeción al principio de proporcionalidad. Es así que cualquier sanción que se aplique por cualquier autoridad en violación del principio *non bis in ídem* constituye una sanción no prevista en el ordenamiento jurídico y por tanto ilegal y recurrible.¹¹⁰ Cabe transcribir el criterio del profesor Nieto en este punto que destaca:

Quando el legislador prevé una sanción para un hecho tipificado como infracción, está obligado por el principio de la proporcionalidad a mantener una adecuación entre la gravedad de la primera y la segunda y, por ello, aplicar una nueva sanción, en el mismo orden punitivo o en otros distintos representaría la ruptura de esa consonancia, una sobre-reacción del Ordenamiento Jurídico, que está infligiendo a un sujeto un mal sobre sus bienes mayor o descompensado con respecto al cumplimiento que ha desarrollado del mandato jurídico.¹¹¹

Por otra parte, reitero en que el fundamento del principio de *non bis in ídem*, reconocido en rango constitucional como derecho de un debido proceso y de defensa en el artículo 76, numeral 7, letra i) de la Constitución de la República del Ecuador y que se expresa lapidariamente: “Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia”, según unos, encuentra su fundamento en el principio de

¹⁰⁹ Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, (Cuarta Edición, Madrid, Editorial Tecnos, 2011).471.

¹¹⁰ *Ibidem.*, 472

¹¹¹ *Ibidem.*, 473

legalidad, también de rango supremo previsto en el artículo 76 numeral 3 de nuestra Carta Magna, pues, la configuración típica de una conducta excluye que el legislador realice otra idéntica en labor de duplicidad inocua. Sin embargo, el principio *non bis in idem* tiene estrecha relación con el principio de proporcionalidad, también de rango supremo (artículo 76 numeral 1 y Artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador) para impedir una sobre-reacción punitiva o sancionadora por la comisión de la conducta. El de *non bis in idem* en realidad “no es más que la manifestación primera y genérica del principio democrático de proporcionalidad en sede del principio de legalidad”¹¹².

Luego, uno de los elementos del principio de proporcionalidad es el precisamente el *non bis in idem*, que impide una doble sanción a una misma conducta cuando la segunda afectación no es idónea para conseguir el fin de la norma o, siéndola, no es irrestrictamente necesaria imponerla para concretar el fin de protección de la norma. De esta forma, la sobre-reacción punitiva se evita y, de producirse, se incurre en arbitrariedad administrativa en la aplicación de la ley, lo cual vulnera el derecho a un debido procedimiento administrativo (artículo 76 numeral 1 Carta Magna ecuatoriana) y a la seguridad jurídica de ser condenado una sola vez que tiene previsto el ciudadano. La aplicación de las normas jurídicas en forma desproporcionada vulnera la interdicción a la arbitrariedad que postula todo Estado de Derecho.

Citando al profesor Alejandro Nieto:

La garantía material a no ser sometido a *bis in idem* sancionador, tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada que puede quebrar la garantía del ciudadano a la previsibilidad de las sanciones son sujeción al principio de proporcionalidad. Es así que cualquier sanción que se aplique por cualquier autoridad en violación del principio *non bis in idem* constituye una sanción no prevista en el ordenamiento jurídico y por tanto ilegal y recurrible.

¹¹² J. J. Queratl Jiménez, *El principio non bis in idem*, (Madrid, 1992) 53

Conclusiones

1. El principio jurídico de *non bis in idem* es un principio y un derecho contenido en la Constitución de la República del Ecuador que se traduce la prohibición hacia la administración pública y órganos que comprenden la función judicial, a no ser juzgado dos veces si es que se cumple con una triple identidad en: sujetos, hechos y fundamentos. Tanto la doctrina, como la Constitución y a la jurisprudencia ecuatoriana, consideran que este principio, así como otros principios del derecho penal, deben aplicar al derecho sancionatorio administrativo.
2. Actualmente en nuestra normativa de consumidor - Ley Orgánica de Defensa del Consumidor –, telecomunicaciones – Ley Orgánica de Telecomunicaciones y su Reglamento General, Reglamento para los abonados/clientes y usuarios de los Servicios de Telecomunicaciones y de Valor Agregado, y Títulos Habilitantes para la prestación de cada servicio –, existen conductas que pueden ser objeto de sanción por parte de la autoridad de las autoridades competentes según las normas antes previstas, y por parte de la autoridad de defensa de la competencia bajo la modalidad de engaño confusión y violación de norma, por vulnerar los derechos de los consumidores o usuarios de los servicios de telecomunicaciones.
3. La autoridad de defensa de la competencia ecuatoriana ha entendido de forma amplia a los actos de competencia desleal como prácticas restrictivas a la competencia, por cuanto estas –al igual que las previstas en el artículo 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado LORCPM– son objeto de sanción cuando alteren, restrinjan o falseen la competencia, así como afecten el interés general y de los consumidores. En consecuencia, es procedente la aplicación del artículo 116 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, respecto al concurso de competencias por infracciones previstas en esta ley que también constituyen actos de abuso de poder de mercado y/o prácticas restrictivas a la competencia.

4. En los casos juzgados en contra de una misma empresa prestadora de servicios por la autoridad defensora de los consumidores y de telecomunicaciones por conductas que hayan afectado el interés de los consumidores, y que son posteriormente objeto de investigación por parte de la autoridad de defensa de la competencia económica por actos de competencia desleal bajo la modalidad de engaño, confusión y violación de norma; una vez realizado el análisis de la triple identidad, se desprende que el principio de *non bis in ídem* debe ser aplicado debido a que se evidencia: i) la existencia de dos actuaciones de la Administración Pública (dos entidades de supervisión del Estado); ii) que pretenden o tienen por finalidad proteger un mismo bien jurídico (los derechos de los consumidores); iii) la investigación y posible sanción tienen una misma finalidad (de carácter punitivo); iv) el sujeto investigado es el mismo (operador de servicios); v) con la misma causa (interés general; y vi) el mismo objeto (el mismo hecho imputado).
5. En caso que la autoridad protectora de defensa de la competencia económica, no aplicare el principio de *non bis in ídem* y sancione a un operador económico por conductas previamente sancionadas por la autoridad protectora del consumidor y de regulación y control de las telecomunicaciones, se infringiría el principio constitucional del debido proceso contenido en el artículo 76 número 7 letra i) de la Constitución de la República del Ecuador, así como el principio de proporcionalidad contenido en el artículo 76 numeral 6 del anterior cuerpo normativo vigente. Esta violación es objeto de impugnación ante la función judicial, así como objeto de una acción de protección al amparo de lo descrito en la norma constitucional.

Bibliografía

- Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano, *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Madrid, Editorial Aranzadi-Thomson Reuters, 2011.
- Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, Cuarta Edición, Madrid, Editorial Tecnos, 2011
- Alfredo Pérez Guerrero, *Fundamentos del Derecho Civil Ecuatoriano*, Quito, Universidad Central, 1973.
- Antonio Robles Martín – Laborda, *Libre Competencia y Competencia desleal (examen del artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia)*, Madrid, Edit. La Ley: 2001
- Carina Cocuelle, *Control y Entes Reguladores*. En Ismael Farrando, *Contratos Administrativos*, Buenos Aires: LexisNexis, 2002
- Ecuador. Superintendencia de Control del Poder de Mercado, Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, Expediente No. SCPM-IIPD-2013-007
- Ecuador. Superintendencia de Control del Poder de Mercado, Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, Expediente No. SCPM-IIPD-2013-014.
- Eduardo Mertehikian, *Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras Fuentes del Derecho Administrativo*, Ediciones Rap S.A., 2009
- España, Tribunal de Defensa de Catalunya, (Expediente Ar 27/08, Caso La Tira) de 28 de febrero de 2008, Expediente Ar 27/08.
- España. Comisión Nacional de Competencia, RESOLUCION Expte. S/0140/09, VODAFONE, 30 DE JUNIO DE 2010
- España. Tribunal Constitucional español, Sentencia 18/1981 del 8 de junio de 1981.
- Fernando Carbajo Cacón, *Violación de Normas en Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Navarra: Edit. Aranzadi S.A., 2011.
- Ignacio Moralejo Menéndez, Omisiones engañosas en Comentarios a la Ley de Competencia Desleal, Edit. Aranzadi S.A., Navarra 2001.
- Ivan Thompson, *La Publicidad Engañosa*, citado en la Resolución de Inicio de Investigación de 14 de abril de 2014 Expediente No. SCPM-IIPD-2013-014.
- J. J. Queratl Jiménez, *El principio non bis in idem*, Madrid, 1992
- Jaime Ossa Arbeláez, *Derecho Administrativo Sancionador una aproximación dogmática*, 2da Edición. Bogotá: Legis Editores, 2009

- Jorge Torres Manríque, “Teoría del Abuso del Derecho”, 16 de enero de 2013, <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/procedimientocivil/2013/01/16/teoria-del-abuso-del-derecho>. Consulta realizada el 07 de abril de 2017
- José Antonio García-Cruces Gonzáles, *Actos de Engaño en Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Navarra, Edit. Aranzadi S.A., 2011.
- José María Custa, citado por Rodrigo Palacio Cardona en *Aspectos Generales del derecho de la competencia desleal*, Derecho de la Competencia, Medellín, Colegio de Abogados de Medellín.
- José Massaguer, *Falseamiento de la libre competencia por actos desleales*, en Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia Madrid, Edit. Civitas, 1999
- José Ovalle Favela, *Derechos del Consumidor*, México DF: Universidad Autónoma de México, 2000.
- Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo*, Tomo II, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006.
- Juan Larrea Holguín, *Derecho Civil del Ecuador*, Tomo 1, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1978.
- Manuel Gómez Tomillo e Íñigo Sanz Rubiales, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General*, Edit. ARANZADI, Navarra, 2006.
- Marcelo Marín Sevilla y otros, *Régimen de Competencia*, 1ra Ed. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2013.
- Marco Monroy Cabra, *Introducción al Derecho*, Décimo Tercera Edición, Bogotá: Edit. Temis, 2003.
- Mercedes Curto Polo, *Actos de Confusión en Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Navarra: Edit. Aranzadi S.A., 2011.
- Moralejo Menéndez, Ignacio, Omisiones engañosas en Comentarios a la Ley de Competencia Desleal, Edit. Aranzadi S.A., Navarra 2001.
- Raúl Veni Chaname, *Diccionario Jurídico Moderno*, Tercera Edición, Lima: Grafica Horizonte, 2002.
- República de Colombia, Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (Laudo Arbitral Mouse Star Ltda. V. Erick Yesid Vargas Bautista), Diciembre 5 de 2001.
- República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-1141 de 2000, 30 de Agosto del 2000
- República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-388 de 2000, 5 de Abril del 2000.

- República de Colombia. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución número 1033 de 2012, Expediente No. 11 17405, 19 de enero de 2012.
- República de Colombia. Sala de lo contencioso administrativo, sección primera, sentencia del 10 de mayo de 2007, C.P.: Camilo Arciniegas Andrade; Sentencia, C.P.: Rafael Ostau de Lafont P.; Laudo Arbitral Mouse Star Ltda. V. Erick Yesid Vargas Bautista. 30 de noviembre de 2006
- República de la Argentina. Corte Superior de Buenos Aires. Fallos 312:84, "Marocco y Cía. SACIFICA. v. Dirección Nacional de Vialidad s/ ordinario, 09 de febrero de 1989.
- República del Ecuador. Corte Constitucional, Sentencia 1149-07-RA, suplemento del Registro Oficial 607 del 8 de junio de 2009.
- República del Ecuador. Corte Constitucional, Sentencia 012-14-SEP-CC en el caso 0529-12-EP, 15 de enero de 2014.
- República del Ecuador. Corte Constitucional, Sentencia 1149-07-RA, suplemento del Registro Oficial 607 8 de junio de 2009.
- República del Ecuador. Corte Constitucional, Sentencia 1149-07-RA, suplemento del Registro Oficial 607 8 de junio de 2009.
- República del Ecuador. Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil Resolución N° 71-2015 de 2 de junio de 2015.
- República del Ecuador. Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, Recurso de Casación 250-202, Registro Oficial 28, 24 de febrero de 2003.
- República del Ecuador. Tribunal Constitucional, Resolución 125, suplemento del Registro Oficial 266 9 de mayo de 2006.
- República del Ecuador. Tribunal Constitucional, Resolución 1431, Edición Especial del Registro Oficial 29, 13 de marzo de 2008.
- República del Ecuador. Tribunal Constitucional, Resolución 952, Registro Oficial 252, 18 de abril de 2006
- República del Perú. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección al Consumidor Resolución No. 1035-2011/SC1-INDECOPI, Lima, 19 de mayo de 2011
- República del Perú. Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, Resolución No. 014-2011/CCD-INDECOPI Lima, 09 de febrero de 2011
- República del Perú. Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, Resolución No. 0493-2004/TDC-INDECOPI Lima, 22 de septiembre de 2004

República del Perú. Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, Resolución No. 0566-2005/TDC-INDECOPI Lima, 18 de mayo de 2005

Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, Décima Segunda Edición, Buenos Aires-Madrid-México: Ciudad Argentina, Hispania libros, 2009.

Santiago Álvarez Carreño, *El derecho de petición, Estudios de los sistemas español, italiano, alemán, comunitario y estadounidense*, (Granada 1999), p. 358-359, citado por Marcelo Marín Sevilla en *Régimen de Competencia*, 1ra Ed. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2013.

Sebastián García Menéndez, *Competencia Desleal Actos de Desorganización del Consumidor*, LexisNexis: Buenos Aires, 2004.

Silvia Barona Vilar, *Competencia Desleal, Doctrina, Legislación y Jurisprudencia*, Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

Textos Legales

Convenio de París, sobre Protección de Propiedad Intelectual enmendado en Estocolmo 1979

República de Colombia, Ley 26 de la República de Colombia, Diario Oficial No. 42.692 de 18 de enero de 1996

República de Colombia. Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-521/09, 4 de agosto de 2009.

Constitución de la República del Ecuador 2008, Quito: Asamblea Nacional, Registro Oficial 449 20 de octubre de 2008.

República del Ecuador, Código Tributario, Quito: Registro Oficial 38 14 de junio de 2005.

República del Ecuador, Decreto Ejecutivo 2428 Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Quito: Registro Oficial 536 de 18 de marzo de 2002

República del Ecuador, Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, Quito: Registro Oficial, Suplemento, No. 116, 10 de julio del 2000

República del Ecuador, Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado, Quito: Registro Oficial, Segundo Suplemento, No. 555, 13 de octubre de 2011.

República del Ecuador, Ley Orgánica de Telecomunicaciones, Quito Registro Oficial, Tercer Suplemento, No. 439, 18 de febrero 2015

República del Ecuador, Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, Quito: Registro Oficial Suplemento, No. 676, 25 de enero de 2016

República del Ecuador, Reglamento para los abonados/clientes-usuarios de los servicios de telecomunicaciones y de valor agregado, Quito: Registro Oficial, Suplemento, No. 750, 20 de julio de 2012

República del Perú, Decreto Legislativo 1044 que aprueba la Ley de Represión de la competencia desleal, Lima: Diario Oficial 25 de junio del 2008.